

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

PRINCÍPIO DA IGUALDADE SALARIAL E QUESTÕES IMPEDITIVAS

CARLOS ARTUR GIANNINI DOMINGUES

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURIDICO-LABORAIS

LISBOA  
2017

ALUNO: CARLOS ARTUR GIANNINI DOMINGUES

## PRINCÍPIO DA IGUALDADE SALARIAL E QUESTÕES IMPEDITIVAS

Dissertação apresentada como requisito  
de avaliação da disciplina de Direito Laboral, no ano letivo de 2014-2015.  
Professora Orientadora Maria do Rosário Palma Ramalho.

LISBOA  
2017

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO .....	7
2.	PRINCÍPIO GERAL DE IGUALDADE – CRIAÇÃO / DESENVOLVIMENTO / ÂMBITO DE APLICAÇÃO .....	8
3.	COMPARAÇÃO ENTRE DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS.....	21
4.	PRINCÍPIO GERAL DE NÃO DISCRIMINAÇÃO.....	26
5.	RETRIBUIÇÃO .....	44
6.	FORÇA COLETIVA DO CONTRATO DE TRABALHO .....	48
7.	SALÁRIO IGUAL PARA TRABALHO IGUAL, REQUISITOS E CONSEQUÊNCIAS.....	59
8.	SUCESSÃO EMPRESARIAL .....	84
9.	FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA, INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE DIREITOS NA APLICAÇÃO SUSTENTÁVEL .....	98
10.	FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E AUTONOMIA NA ATIVIDADE PRIVADA .....	108
11.	CONCLUSÃO .....	114
12.	BIBLIOGRAFIA.....	118

## PRINCÍPIO DA IGUALDADE SALARIAL E QUESTÕES IMPEDITIVAS PRINCIPLE OF WAGE EQUALITY AND IMPEDITIVE ASPECTS

### RESUMO

Este trabalho apresenta uma exposição sobre o caráter subjetivo da lei que determina igualdade na retribuição entre trabalhadores, a partir da análise de que para trabalho igual, deve-se pagar salário igual. Analisando os diversos ordenamentos jurídicos, trazemos o conceito de igualdade, não discriminação, vinculação do salário e a força convencional negociada, bem como questões prejudiciais e incompatíveis quando da aplicação do critério isonômico. Por meio desse estudo, foi possível esclarecer que a interpretação que é dada a norma e sua modificação de maneira sustentável, não acarreta retração de direitos, mas sim, respeito aos ideais liberais e das empresas, que também são princípios constitucionais. Na conclusão, apresento solução para a problemática que é definir salário de valor igual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho; Princípio da Igualdade; Não discriminação; Norma Coletiva; Salário Igual; Trabalho Igual;

### ABSTRACT

This paper presents a study on the subjective theme of the law that determines equality in the retribution between workers, from the analysis of equal work, one must pay equal salary. Analyzing the various legal methods, the concept of equality, non-discrimination, wage tying and the negotiated conventional force, as well as their problems and the requirements regarding the application of the isonomic criterion. Through this study, it was possible to clarify that an interpretation that is given a norm and its modification of sustainable behavior, does not entail a retraction of rights, but rather, respect for liberal ideas and companies, which are also constitutional principles. In conclusion, I present solution to a problem that is to define equal value salary.

**KEYWORDS:** Labor Law; Principle of Equality; Non-discrimination; Collective Rule; Equal Pay; Equal Work;

## ABREVIATURAS E OUTRAS INDICAÇÕES DE LEITURA

### **I. ABREVIATURAS**

AC. – Acórdão

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

ART. – Artigo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (ou BGB) é o código civil da Alemanha

CC – Código Civil

CCT – Convenção Coletiva de Trabalho

CE – Comunidades Europeias

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

C.TST – Colendo Tribunal Superior do Trabalho

DEC - Decreto

DESEMB – Desembargador

DL – Decreto Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

OJ – Orientação Jurisprudencial

OJ. SDI-I – Orientação Jurisprudencial da Subseção de Dissídios Individuais I

OJ. SDI-II – Orientação Jurisprudencial da Subseção de Dissídios Individuais II

REL. – Relator

SUM. – Súmula

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

## **II. INDICAÇÕES DE LEITURA**

As palavras em *itálico* são utilizadas não apenas para referências noutra língua, mas também para destacar uma ideia ou citação de outro Autor.

Todas as remissões do trabalho são feitas a partir da página em que foram encontradas nos respectivos livros e seus autores.

# PRINCÍPIO DA IGUALDADE SALARIAL E REQUISITOS IMPEDITIVOS

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho, é demonstrar através dos requisitos ensejadores dos conceitos de que “para trabalho igual, salário igual”, existe uma enorme lacuna entre sua aplicação hipotética e o que ocorre na prática, havendo deturpação do instituto de modo a beneficiar demasiadamente o trabalhador, em detrimento do conceito original por trás da norma.

Para determinar o resultado dessa ampla pesquisa, que viajou por ordenamentos jurídicos diversos e chegou a conclusão que será apresentada ao fim do trabalho, procurei dentro de uma realidade aplicada ao Direito Português, o qual considero como base, e como sendo uma das mais fortes tendências em Direito Laboral a nível mundial, costurar situações fáticas reais, predominantemente aplicadas em nossa rotina, aos preceitos originais e desdobramentos que dele se possa esperar, tudo isso em paralelo ao que consta no Direito do Trabalho Brasileiro.

De se notar, que a perspectiva trazida no presente trabalho é ampla e visa não só analisar o conceito de trabalho e salário igual, passeando por outros institutos do ordenamento jurídico, assim como analisando a morfologia criadora dos princípios que se uniram para chegarmos às definições que são utilizadas hoje em dia.

Especial enfoque do trabalho está nas situações de sucessão empresarial, onde constantemente vemos um número elevado de pleitos referentes ao instituto da equiparação salarial, no entanto, para analisar essa especificidade, muito importante o estudo da norma e do ordenamento como um todo.

Dessa forma, irei demonstrar passeado por outros institutos do direito que existe uma incompatibilidade na aplicação da norma de equiparação salarial, quando interpretada em conjunto com outras obrigações pelas quais o empregador deve seguir.

Obrigações essas que não se confundem com a soma de direitos trabalhistas que os empregados vem recebendo ao longo do tempo, sendo em verdade uma afronta a outras instituições laborais, colocando o empregador numa situação de impossibilidade do cumprimento de todas as normas.

Ainda como espoco do trabalho, buscarei demonstrar os impactos da aplicação desmedida da norma na vida econômica da empresa e por fim, deixar claro que a aplicação racional da norma não acarreta subtração da ordem laboral, podendo a liberdade do judiciário e buscando suas características originais.

Por se tratar de capítulo introdutório, e por ser um trabalho de pesquisa que visa apresentar uma realidade diferente da que estamos vivenciando, peço licença para romper com o paradigma atual e parafrasear um dos mestres consagrados da pesquisa Professor Albert Einstein, “It is harder to crack a prejudice than an atom.”.

Assim, pugnando desde já por uma aplicação sustentável da norma em comento é o sentido pelo qual pretendo desmistificar na presente dissertação.

## **2. PRINCÍPIO GERAL DE IGUALDADE – CRIAÇÃO / DESENVOLVIMENTO / ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

Ainda em caráter introdutório do capítulo em questão, é importante trazer conceito singelo sobre o princípio geral de igualdade tal qual da maneira como será abordado em linhas adiante do presente trabalho.

Seguindo a origem do latim, “qualidade do que é igual, uniformidade, proporção; paridade, semelhança”.

Somente o princípio da igualdade entre os cidadãos é tutelado por todas as edições da Constituição Portuguesa.



*“Do mesmo modo, verificamos que de todas constam o princípio da igualdade,(...)”*<sup>1</sup>

Segundo o Professor J.J. Gomes Canotilho, a igualdade deve ser interpretada em conjunto com o princípio da democracia social e econômica:

*“A igualdade material, postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social.”*<sup>2</sup>

Assim, complementando a ideia de que a melhora nas condições sociais e econômicas confere qualidade na liberdade dos cidadãos, a liberdade deve atrelar-se a fundamentos econômicos e sociais para extensão de maneira sustentável.

Podemos dizer que esse princípio nasceu num momento em que o mundo precisava discutir as relações entre as pessoas. Saber se deveriam continuar a ser percorridas pelas vias da religião, cor, credo, classe social, sexo, entre outros motivos de discriminação, ou se essas relações iriam partir do pressuposto de que todos precisam ter as mesmas oportunidades e respeito mútuo.

Os monarcas possuíam maior poder bem como mandos e desmandos perante a sociedade, a religião dominante não tolerava a crença discrepante, a míngua de direitos das mulheres as colocava quase numa situação deslocada da sociedade, e uma série de outros abusos entre os seres humanos eram comumente cometidos impunemente.

Princípio que erigiu em praticamente todas as cartas constitucionais, foi visto na *Bill of Rights*, já em 1776, Na constituição de Massachussets de 1780, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

De maneira prévia ou concomitante buscando subsidiar os ideais revolucionários que tiveram sequência, o iluminismo e seus principais autores, John Locke, François Voltaire, Charles

---

<sup>1</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit., Tomo IV ci.t, fls.148.*

<sup>2</sup> CANOTILHO J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit., fls. 351.*

Montesquieu, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, François Quesnay e Adam Smith, pregavam ideais de liberdade e igualdade.

Importante registrar, que tais ideais partiram da classe burguesa, que não poderia mais sujeitar seus negócios ao poder absolutista do Estado, e pregando um conceito de igualdade geral, trazia no plano de fundo um cunho econômico, buscando desvincular sua atividade comercial do confisco Estatal, dos desmandos da igreja e da situação lacônica do proletariado que deveria participar da economia para que o país pudesse crescer, mediante o desenvolvimento mercantil. Tratando da análise do surgimento dos direitos laborais, a Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, cita:

*“Este hiato de quase cem anos entre a difusão do trabalho fabril e a preocupação com a sua regulamentação deve-se ao princípio geral de não ingerência do Estado na regulação dos vínculos jurídicos privados, em nome dos axiomas da liberdade e da igualdade dos entes jurídicos privados, proclamados com a Revolução Francesa.”*<sup>3</sup>

Analisando isoladamente o conceito de igualdade pregado entre os burgueses ou às empresas da época que eram por eles controlada, verificamos que não é um conceito que busca puramente igualar os ganhos (lucros) de toda atividade empresarial, mas sim, igualar a possibilidade de buscar esses ganhos (lucros), igualar às condições de desenvolvimento e a atuação dos burgueses perante o Estado. Conceito que pode se ver reproduzido em prol dos trabalhadores contemporaneamente falando, fulcrado na Directiva Européia que preconiza igualdade de condições no emprego e no acesso ao mesmo, que será adiante destrinchada.

Precipuamente a liberdade erigiu como uma forma de desburocratizar a atividade dos mandos e desmandos que eram ditados por bases discriminatórias e confiscatórias, sendo essa uma das análises do direito italiano:

---

<sup>3</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 42.

*“È ampiamente noto che La liberta economiche sono a fondamento della costruzione europea e Che próprio La liberta di circolazione delle persone è stata tra Le prime a ricevere Il massimo suggello, con una fomrulazione Che è arrivata pressoché invariata fino a noi.”*<sup>4</sup>

Portanto, somente com igualdade e liberdade a atividade mercantil poderia crescer e consequentemente o país teria desenvolvimento, oportunidades e dignidade para seus tutelados, aqui conjugado a liberdade, igualdade, democracia social e econômica.

Nesse sentido também defendeu o Professor J.J. Gomes Canotilho, *“A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual.”*<sup>5</sup>

Como princípio basilar que deu origem às normas que defendem paridade no salário, notamos que a “igualdade iluminista” trazia um fundo econômico na sua essência, e não puramente uma igualdade taxativa ou sem contornos minimamente desiguais.

Tais desigualdades mínimas, são necessárias para que o ordenamento viva em paz com outros ramos e princípios de direito, vejamos:

*“Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (...) Assim, por exemplo, uma lei fiscal impositiva da mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar.”*<sup>6</sup>

Ora, é nítido que o mínimo de livre arbítrio deve ser mantido.

O princípio geral de igualdade, que aqui se interpreta, pois, tendo em vista que considero este uma junção de outros princípios para designar a norma descrita no art. 59º da Constituição

---

<sup>4</sup> GOTTARDI, DONATA / BROLLO, MARINA, *Il Mercato Del Lavoro cit.*, fls. 3.

<sup>5</sup> CANOTILHO J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, fls. 426.

<sup>6</sup> CANOTILHO J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, fls. 427.

Portuguesa, preconiza uma igualdade perante a lei, e não uma utilização da lei de maneira positiva, como forma de desfazer desigualdades. A lei deve combater de maneira positiva as situações de discriminação, mantendo a liberdade entre os entes.

A aplicação negativa do princípio da igualdade, pressupõe abolição perante a lei de desigualdades, como por exemplo, quando a legislação trabalhista coloca no mesmo patamar empregado e empregador durante a tramitação de um processo. Lado outro a aplicação positiva desse entendimento, pressupõe a valoração de critérios visando encontrar uma veia de paridade entre os cotejados, assim definiram os Professores Jorge Miranda e Rui Medeiros:

*“O sentido primário da fórmula constitucional é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações. (...) Mais rico e exigente vem a ser o sentido positivo do princípio da igualdade: (i) tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); (ii) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancialmente e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; (iii) tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais e desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; (iv) tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei); (v) consideração do princípio não como uma “ilha”, antes como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição.”<sup>7</sup>*

Sem liberdade o Estado não vai adiante, os modelos de Estados Socialistas não imperaram no mundo, pois sua implementação gera pouco avanço a humanidade, lado outro, os conceitos liberais são progressistas.

O Professor Jorge Miranda, quando da valoração dos princípios da igualdade e liberdade, também considera que a aplicação elevada de um ou de outro, gera uma condição de deterioração entre eles, vejamos:

---

<sup>7</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit.*, fls. 222/223.

*“Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal.”*<sup>8</sup>

Dentro do conceito de igualdade, não só o pregado pelos iluministas, mas também o que vem se consolidando ao longo do tempo, a igualdade é tratada de um lado entre os tutelados e o Estado, e entre os próprios tutelados (relações de pessoas abrangidas por determinado Estado), nas diversas relações que decorrem da vida em sociedade.

Quando se fala em valoração dessas igualdades, a posição Doutrinal de Jorge Miranda, não destoa da necessidade de se criar bases igualitárias que podem ser modificadas sob a ótica de cada caso concreto:

*“Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.”*<sup>9</sup>

A aplicação do princípio de trabalho igual e salário igual, esbarra em outros princípios também importantes e de eficácia vinculativa ao empregador.

Ao passo que o art. 59 da CRP, induz uma existência mansa e pacífica, por outro lado, representa enorme discussão doutrinal e da jurisprudência.

Como marco que erigiu o princípio da igualdade e o sacramentou como ideal de Estado, os havidos da Revolução Francesa, somados a edição da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, são a consagração deste entendimento igualitário.

---

<sup>8</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit.*, Tomo IV, fls.264.

<sup>9</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit.*, Tomo IV, fls.268.

Destrinchando a norma, verificamos que há quem considere que existem três princípios autônomos na sua redação, a proibição da discriminação, o direito a remuneração equitativa e a suficiência da remuneração, vejamos os ensinamentos do Dr. Abílio Neto:

*“Os n.ºs 2 e 3 do transcrito art. 23º. Da DUDH enunciam três princípios autônomos, mas reciprocamente complementares: (a) o da proibição da discriminação salarial (n.º 2), (b) o do direito a uma remuneração equitativa (1ª parte do n.º 3), e (c) o da suficiência da remuneração (2ª parte do n.º 3).”*<sup>10</sup>

Tal posição Doutrinal, analisa minuciosamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos em matéria de isonomia salarial, e deixa claro que sua recepção pelo ordenamento Português, na forma do art. 16 n.º 2 da CRP, é feita de maneira correta, interpretando-se o princípio da equiparação salarial como discriminação salarial, e continua o Dr. Abílio Neto:

*“Assim, a DUDH limita-se a proclamar que “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual”, ao passo que o texto constitucional português expressa o mesmo princípio quando refere que “todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à retribuição do trabalho (...) observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual (...)”*<sup>11</sup>

E conclui:

*“Finalmente, de harmonia com a DUDH “quem trabalha tem direito a uma remuneração (...) satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana”; paralelamente, o nosso texto constitucional adota o mesmo princípio ao consagrar que “todos*

---

<sup>10</sup> ABÍLIO, NETO, *Conteúdo e Alcance do Princípio Constitucional “Para Trabalho Igual Salário Igual em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.371.*

<sup>11</sup> ABÍLIO, NETO, *Conteúdo e Alcance do Princípio Constitucional “Para Trabalho Igual Salário Igual em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.372.*

*os trabalhadores (...) têm direito à retribuição do trabalho (...) de forma a garantir uma existência condigna”.*<sup>12</sup>

Nesse sentido, os estudos da DUDH apontam que a legislação portuguesa está de acordo com os preceitos insculpidos no art. 16, nº 2 da CRP, e mesmo em respeito a posicionamentos doutrinários em contrário, fico com a definição do Professor António Monteiro Fernandes, tendo em vista que a proibição da discriminação salarial é o princípio base que engloba de consequente o direito a isonomia de tratamento, justamente por gerar uma discriminação sob a ótica do princípio geral de igualdade, e que o empregador deve reparar esse dano, e a maneira encontrada para que ele viesse a reparar essa injustiça, seria pagando às diferenças salariais decorrentes.

Unificando a isonomia salarial com a discriminação, é somada ainda a necessária suficiência que se deve exigir do salário, formando o princípio de que trabalho igual deve ser retribuído igualmente.

Em Portugal, seguindo definição do Professor Jorge Miranda, “II – *Princípios comuns a todos os direitos são: (...) b) O princípio da igualdade (art. 13º).*”<sup>13</sup>

E, quando o Professor trata da análise das Constituições Portuguesas, assevera que:

*“Do mesmo modo, verificamos que de todas constam o princípio da igualdade, (...)”*<sup>14</sup>

Partindo desse pressuposto, necessário registrar o princípio da igualdade em suas várias formas, tal quando o mesmo ganhou especial destaque em todos os ordenamentos jurídicos.

Assim sendo, temos igualdade absoluta, jurídica, social, religiosa, entre os sexos e econômica.

---

<sup>12</sup> ABÍLIO, NETO, *Conteúdo e Alcance do Princípio Constitucional “Para Trabalho Igual Salário Igual em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.372.*

<sup>13</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.172.*

<sup>14</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.148.*

Relevante destacar ainda, na Constituição Portuguesa, o art. 13º, que trata especificamente sobre a igualdade jurídica dos tutelados pelo Estado. Há posição doutrinal que aponta no sentido de que a igualdade preconizada no referido artigo está atrelada ao ordenamento jurídico como um todo.

A eficácia desse princípio é *erga omnes*, atinge a toda comunidade, coloca o Presidente da República em igualdade com qualquer cidadão comum, vai além e se torna um tecido enorme, de forma a abranger as relações entre pessoas, entre empresas, igualdade em oportunidades, jurídica ou administrativa. Tornando os destinatários desse senso de igualdade todos os tutelados por determinado território sejam pessoas jurídicas, físicas, entes estatais ou privadas.

E num cenário de constante aperfeiçoamento e abrangência de aplicação, esse princípio passa a ter contornos “especiais”, de aplicação, como definiu o Professor Jorge Miranda, “*Alguns dos corolários do princípio da igualdade podem ser encarados como direitos especiais de igualdade(...)*”.<sup>15</sup>

O Tribunal Constitucional por meio dos Acórdãos 412/02 e 569/08, já manifestou-se no sentido de que o princípio da igualdade está atrelado a três vertentes, sendo elas, a proibição do arbítrio, da discriminação e a obrigação de diferenciação. Tal princípio deve ainda ser encarado sob aspectos essencialmente programáticos e de anti-discriminação.

Programático, por ser uma busca do Estado. A atividade Estatal, não pode ser considerada onipresente, mas sim, deve cuidar e lutar para que os princípios constitucionais sejam efetivamente cumpridos, que deles decorra uma aplicabilidade cada vez mais ampla e uma situação de plenitude.

O Programático tem uma aplicação coletiva, constante e de maneira a atender todos os tutelados. Não tendo aplicabilidade imediata, quanto menos entre particulares.

Igualdade é a voz passiva dentro de uma órbita que a anti-discriminação se torna o soldado atuante. A igualdade é o ideal que é alcançado através do combate a discriminação. Já tendo se

---

<sup>15</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.277.*



manifestado o Tribunal Constitucional nessa mesma esteira de raciocínio por meio do Acórdão nº 184/08, *“e sempre que se não verifiquem os sinais indicadores de existência de discriminações proibidas previstas no nº 2 do artigo 13º da Constituição.”*

Estudando o âmbito de aplicação, definição taxativa do Professor Jorge Miranda, abre um enorme leque de reflexões, diz ele: *“Igualdade perante a lei não é igualdade exterior à lei. É, antes de tudo, igualdade na lei.”*<sup>16</sup>

Igualdade na lei, nos remete aos mecanismos que a busca pela não discriminação coloca em vigência para extirpar desigualdades.

Em se tratando de paridade salarial, retiramos da lei, mais precisamente da Constituição da República Portuguesa, uma série de artigos que programam a aplicação da igualdade, vejamos:

- Art. 59, nº1 a – igualdade de salários;
- Art. 59, nº2, a – remuneração mínima constitucional;
- Art. 55, nº2 – liberdade de categoria;
- Art. 13º números 1 e 2 – igualdades geral;

Não diferente de outros autores já citados e coadunando com o pensamento esposado no trabalho, o Professor Jorge Miranda, também crê que o princípio da igualdade é aplicável na relação entre particulares: *“O princípio da igualdade não vincula apenas o Estado e as demais entidades públicas nas relações com os particulares. Estende-se às relações entre particulares, (...)”*<sup>17</sup>

Entendimentos em contrário, apontam para a impossibilidade de aplicação deste princípio constitucional no âmbito privado, por entenderem ser a Constituição matéria de ordem pública, modulando as leis do Estado como um todo e não interferindo nas relações entre particulares.

---

<sup>16</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit., Tomo IV, fls.284.*

<sup>17</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit., Tomo IV.*

No entanto, respeitando a posição Doutrinal acima registrada, não posso considerar que esse princípio esteja longe da relação entre particulares, dada a sua redação claramente intervir em todos os âmbitos contratuais, sejam eles públicos ou privados.

Importante destacar, que o art. 258 do C.T., norma de natureza infraconstitucional, que foi devidamente recebida pelo texto magno, também prevê a aplicação do princípio em legislação de extrema especialidade, corroborando o entendimento de que o âmbito de aplicação público e privado deve ser respeitado.

Não se está com o presente trabalho rasgando a lei, ou tomando como letra morta todos os benefícios que a legislação trabalhista trouxe para evolução da humanidade e proteção da classe que fornece energia para o país.

Nem mesmo criar relações de desigualdade ou discriminação. Tão somente a proposição aqui trazida, tem a ver com a aplicação razoável da lei, colocando holofotes na base do princípio da igualdade que integra a equiparação salarial, visando breçar sua aplicação indistinta como tem sido feito.

De extrema importância, não permitir que a dimensão material ultrapasse os limites da norma originária.

A posição doutrinal não é diferente, segundo o Professor J.J. Gomes Canotilho:

*“Para além disso e em geral, a autonomia da vontade nas relações entre os particulares não pode legitimar a prática de atos que, por si ou pelos comportamentos que envolvem ou permitem, sejam violadores da dignidade da pessoa humana. Dignidade e igualdade são incindíveis, seja entre as pessoas e o Estado, seja entre as pessoas como particulares.”*<sup>18</sup>

Não só a autonomia das partes deve ser levada a cabo para justificar o tratamento “desigual”. Na análise deste preceito, devemos ter em mente que os órgãos julgadores não podem atuar como

---

<sup>18</sup> CANOTILHO J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, fls. 295.

verdadeiros legisladores positivos, interpretando a lei em extensão e conferindo direitos além dos positivados.

Quando da aplicação do princípio da igualdade, não podemos gerar uma situação de limites da atuação empresária.

É ela empresa, quem define os rumos de seu próprio negócio, é ela quem suporta todo o ônus de eventual perda financeira e que sozinha sucumbe quando a atividade empresarial não é bem administrada.

Ainda mais no tema chave desse trabalho, a retribuição, não garante uma inversão do ônus, ou seja, o empregador paga o salário do empregado para ter esse funcionário a sua disposição, no entanto, não pode cobrar dele resultados decorrentes desse pagamento, justamente porque é o empregador quem suporta os riscos da atividade econômica. Em sentido contrário e desigual, o empregado pode cobrar do empregador em situações que ele e a Justiça caracterizam como discriminatórias diferenças havidas durante a prestação de serviços.

Sobre o caráter remuneratório e o ônus exclusivo do empregador, lecionou a Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho:

*“Contudo, o conceito de contrapartida para este efeito, deve aplicar-se de uma forma criteriosa, sendo de reportar à disponibilidade do trabalhador para o desenvolvimento da actividade laboral e não à realização efectiva desta actividade (ou ao <<trabalho>>, como é referido expressamente no art. 258º nº 1, in fine) e, muito menos, à obtenção dos resultados para que esta actividade tende: é que, no caso do contrato de trabalho, o risco corre por conta do empregador; pelo que, se estes resultados não forem atingidos, ou mesmo se o trabalhador, por qualquer razão, permanecer inactivo no local de trabalho, não se encontrando o contrato suspenso, a retribuição continua a ser devida.”*<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais cit.*, fls. 668.

Podendo também gerar enorme dano na atividade empresarial a intervenção estatal que confere aumento salarial em decorrência de uma sentença, também esbulha diretamente o patrimônio empresarial, sendo aquela pessoa jurídica que deverá suportar os efeitos da condenação, em verdadeira limitação do arbítrio da empresa e aplicação demasiada da “igualdade”.

*“O princípio da igualdade não só autoriza como pode exigir desigualdades de tratamento, sempre que, por motivo de situações diversas, um tratamento igual conduzissem a resultados desiguais.” (...)*

*“A igualdade desejada pela Constituição é, assim, uma igualdade proporcional e não uma igualdade matemática.”<sup>20</sup>*

Mesmo navegando em águas pioneiras, conclui o Doutrinador Jorge Miranda, que *“Mas não se pense, evidentemente, que todas as desigualdades jurídicas foram erradicadas de Portugal. Subsistem muitas – antigas ou recentes senão de direito, pelo menos de facto – e sobre elas continuará a incidir a atenção crítica dos juristas.”<sup>21</sup>*

Em conclusão, o princípio geral de igualdade como vimos, foi criado a partir de ideais econômicos, visando num primeiro momento igualar perante a lei a atividade empresarial e o Estado.

Como corolário lógico da implementação do princípio geral de igualdade, ele foi posto em prática não só visando equiparar a atividade empresarial e o Estado, mas criando uma igualdade geral dentro do âmbito nacional, visando apaziguar a discrepância em todas relações, sejam elas entre entidades públicas, públicas e privadas, privadas e privadas.

Já num momento mais avançado de utilização da norma geral de igualdade, começou-se o que eu chamo de deturpação do princípio, pois passou a ser ferramenta positiva no combate à

---

<sup>20</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.299/302.*

<sup>21</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.280.*

discriminação, atuando de maneira desmedida, ampliando de uma forma que não foi preconizada na sua criação o combate às desigualdades mínimas gerando uma inversão de valores no crivo do certo e errado, igual e desigual.

É de suma importância para esse trabalho às reflexões sobre a criação, desenvolvimento e âmbito de aplicação do princípio geral de igualdade, tendo em vista que ele se subdividiu e entrou em diversos outros ramos, buscando atuação específica, unindo-se a outros princípios.

No entanto, o alerta de que a igualdade não é o único princípio do ordenamento jurídico e que ele não pode ser utilizado em sobreposição a toda gama de direitos que envolve o Direito do Trabalho.

### **3 – COMPARAÇÃO ENTRE DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS**

Dando sequência no raciocínio, necessário sob a proposta do trabalho, analisar os direitos de liberdade e os direitos sociais, visando um equilíbrio entre eles.

Direitos de Liberdade, estão inseridos na constituição de maneira a garantir ao indivíduo que exerça sua vontade ou negativa de vontade, perante todos os demais tutelados.

É o grau de independência que uma pessoa possui legitimamente e pelo qual o Estado pode utilizar como ideal seu povo.

Conforme objeto de abordagem por esse Mestrando no relatório apresentado como conclusão da disciplina Direitos Fundamentais perante essa Faculdade de Direito, cujo tema abordado foi “Direito Fundamental do trabalho, vedação através de aspectos econômicos”, “os Direitos sociais, dentre eles o trabalhista, estão situados na 2ª Dimensão de Direitos fundamentais, não havendo divergência quanto esse ponto.

Tendo como principais diplomas legais de Segunda Geração, a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) por meio do tratado de Versailles em 1919.

Os Direitos de Primeira dimensão, estão ligados aos ideais do liberalismo e tem aplicabilidade imediata.

Quando se tem em mente os direitos de segunda dimensão, estamos diante da ideia de aplicação progressiva, ao longo do tempo e na medida de suas possibilidades. Aqui é onde se cruzam os direitos fundamentais ligados ao trabalho e os direitos econômicos.

O grande crescimento de normas em benefício dos trabalhadores, ultrapassa o plano patrimonial e de garantias da saúde e bem estar do trabalhador, alcançando o *status* de norma constitucional e fundamental aos direitos do homem.

Analizando a pessoa do tutelado, ressalta-se que ela mantém íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana e outros tantos basilares não só dos trabalhadores, como de qualquer pessoa, como o respeito à honra, imagem, igualdade, liberdade, segurança, saúde, propriedade, entre outros. Pelo que, o Direito Fundamental de acesso ao Trabalho, que visa valorizar o homem, apresenta em sua ideologia todos esses conceitos importantes para o desenvolvimento de qualquer indivíduo através do trabalho.

O Doutrinador Brasileiro, Arion Sayão Romita, observando esse fenômeno, classifica em sua obra:

*Aos poucos, emergiu a consciência de que o Direito do Trabalho não deveria perseguir apenas o objetivo cifrado na melhoria das condições materiais de vida dos trabalhadores. Sem deixar de lado esse objeto, passaram os estudiosos deste ramo do Direito a tratar de temas pertinentes aos direitos de personalidade, no intuito não mais de atingir o alvo da justiça social do ponto de vista estritamente pecuniário, porém de agregar-lhe valores fundados na realização do ideal de justiça (pura, sem adjetivação), com supedâneo no reclamo ético de valorização do trabalho humano, lastreado no respeito à dignidade da pessoa do trabalhador.*<sup>22</sup>

Nada obstante esse grande crescimento, essas normas não podem deixar de observar o caráter compromissório que guardam, ora protegendo o trabalhador, ora protegendo a empresa.

O Direito do Trabalho tornou-se fundamental, a partir do momento em que saiu do plano patrimonial e passou a enxergar o trabalhador como peça chave no desenvolvimento de um País,

---

<sup>22</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p.34.

não só pelo poder aquisitivo que alcança, mas também, porque passa a ser propulsor da economia e no plano social tem um papel importante nas relações interpessoais, na cultura, na liberdade do trabalhador. Tendo erigido a condição de fundamental e da dignidade da pessoa humana.

Não podemos deixar de lado que o trabalho tem sua natureza patrimonial ao trabalhador, vez que a partir dele o indivíduo consegue exercer seu poder aquisitivo conferido pelo salário. Ainda como natureza individual, o trabalho remonta a ideia dos protestantes de ser moralmente ético, por conferir status social ao indivíduo aqui introduzindo a característica de dignidade da pessoa humana.

Por ser um Direito Fundamental, e trazer inúmeros benefícios imateriais ao trabalhador, que a valorização do empregado não deveria ser feita apenas pelo número que ele representa (ponto de vista econômico), sendo certo que a valoração do trabalho deveria ser feita levando-se em consideração o fundamental acesso ao labor e os benefícios não patrimoniais que ele pode gerar.

À luz das decisões econômicas que cercam maior parcela do enfoque trabalhista, deveríamos perceber que gerar empregos aumenta a riqueza do país.

Através do maior poder aquisitivo dos trabalhadores, que se mede o consumo interno, aquecendo o mercado, aumentando as vendas, elevando o padrão de vida das pessoas e sua satisfação pessoal.

Tendo trabalho, a pessoa tem moradia, alimentação, acesso à cultura, enfim vida social.

Sem trabalho, o indivíduo vive à margem da sociedade, sua autoestima é baixa, sua posição no status social é desvantajosa, de tal modo que vem a ser excluído daquela sociedade.

Do mesmo modo que uma política voltada para a escravidão é um grande retrocesso, a ordem mundial capitalista predominante no nosso planeta, também deixa claro que a política do assistencialismo, não gera avanços econômicos.

Grandes exemplos de países voltados essencialmente à política assistencial, extinta União Soviética e Cuba, que pregavam igualdade absoluta entre as pessoas, limitando seu crescimento e apostando em assistência da população, são hoje economias ultrapassadas e que tem dificuldades em manter-se.

No meu modo de ver a evolução da sociedade como um todo, passa pela vontade do homem em procurar novos anseios para sua vida.

Nesse sentido, podemos falar em conquistas territoriais, de sabedoria, financeira e etc... Podemos listar uma série de elementos que foram capazes de desenvolver a sociedade como um todo, ou até mesmo a reunião de diversos desses elementos.

A ordem laboral, confere ao trabalhador realizações imateriais fundamentais ao seu desenvolvimento pessoal individual e ao desenvolvimento social e do País.

Os Direitos fundamentais, com bases filosóficas e de proteção do homem, da natureza, da estrutura da sociedade e até mesmo com atuação tão longa que chega a tutelar as camadas mais ricas, é o mediador entre o que é razoável a título de uso e costume, o que é razoável em termos de direitos do homem e o que é razoável em termos de lei positivada para atender uma coletividade.

Eles são capazes de fazer esse balanço do justo.

De maneira bem tímida, as leis que vieram a garantir direitos ao homem tiveram como ponto de partida apenas o mínimo necessário à vida em sociedade, como na revolução industrial, em que as condições de trabalho eram péssimas e sub-humanas.

Assim, como encabeçado no início do texto, acredito que através da evolução histórica comercial da humanidade, conseguimos nos desenvolver como sociedade sofisticada que somos hoje.

Tivéssemos nós vivido do assistencialismo desde o início, nossos Direitos fundamentais seriam rústicos, mesmo hodiernamente.

Programas como o fome zero e bolsa família, assumem uma posição importante na garantia do sistema de direitos fundamentais na vida do brasileiro.

No entanto, não podem servir de base os direitos fundamentais a abraçarem toda a sorte de setores da sociedade, sob pena de torná-la retrógrada.”

Em que pese o indivíduo não esteja vinculado ou submetido a qualquer tipo de compromisso no exercício do seu direito de liberdade, considero que a liberdade na vida em sociedade, adquire as qualidades de “assistida”, “doutrinada” e “contida”, uma vez que o mínimo de soberania e autonomia o Estado deve possuir na condução de seus ideais e na busca pela paz, bem-estar e segurança entre os seus tutelados.

Os Direitos sociais, surgem com uma ideia de conferir qualidade ao Direito de Liberdade.



São direitos que visam aumentar a qualidade de vida dentro do Estado. A liberdade, sem qualidade, não atinge sua função social.

Como na era escravagista brasileira, podemos citar que a libertação dos escravos criou uma situação de liberdade sem ação, vez que os mesmos foram liberados do trabalho forçado e obrigatório, podendo ser livres apenas na acepção da palavra, pois não tinham trabalho, dinheiro, moradia, condições de subsistência.

Chegando a uma situação de liberdade sem fundamento, liberdade sem meios de exercer tal vocábulo, liberdade esvaziada.

Por outro lado, já integrando um direito ao outro, ou seja, complementando o direito de liberdade, estão os direitos sociais, que justamente contém o poder de dar eficácia a liberdade, tendo concluído o Professor Jorge Miranda:

*“Em contrapartida, a efetivação dos direitos sociais propicia a realização das liberdades ou de certas liberdades.”*<sup>23</sup>

Os direitos de liberdade, são soberanos, tem eficácia imediata e *erga omnes*. Já no que tange aos direitos sociais os quais apareceram na chamada segunda geração, sua implementação é programática, na medida do possível.

Merecem sempre especial destaque as palavras do Professor Jorge Miranda, *“os direitos de liberdade constam de normas constitucionais precativas e, quase todos, de normas precativas exequíveis por si mesmas. (...) Os direitos sociais constam de normas programáticas.”*<sup>24</sup>

Sobre os direitos sociais postos em prática, ainda merece destaque: *“Já a efetivação dos direitos sociais depende ainda, e mais que tudo, de condições econômicas e financeiras. O Estado garante os direitos e liberdades fundamentais e promove a efetivação dos direitos e econômicos, sociais, culturais, e ambientais mediante a transformação e a modernização das estruturas econômicas e sociais (art. 9º, alíneas b) e d), in fine].”*<sup>25</sup>

Ainda assevera em sua obra o Festejado Professor Jorge Miranda, *“As normas que os consagram entram na categoria das normas programáticas, cuaj violação mais característica vem a ser a inconstitucionalidade por omissão.”*<sup>26</sup> Proposições que faz em concordância com o parecer nº 11/81 da Comissão Constitucional, de 12 de maio, quando trata da tutela jurisdicional dos direitos sociais.

Tendo em vista que a Constituição, coloca o homem em posições diversas de titularidade dos direitos positivados, ora como homem de maneira geral, abrangente, ora como pai de família, ora

---

<sup>23</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.113.*

<sup>24</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.105.*

<sup>25</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.106.*

<sup>26</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.363.*

como cooperativado, cidadão e até mesmo como trabalhador, nasce uma nova classificação dessas normas.

A posição do Doutrinador não discrepa: “as Constituições mais recentes contemplam direitos em que sobressaem ora a qualidade genérica do homem enquanto homem, ora a do cidadão, ora a do trabalhador.”<sup>27</sup>

Assim, vimos que com a criação dos direitos sociais, já avançando na constituição das sociedades, viram-se mitigados os direitos de liberdade, ou conferiu-se qualidade a liberdade.

Ao trabalhador toda a liberdade é garantida, ao passo que o trabalho escravo foi abolido, noção essa também presente na posição Doutrinal Alemã, “35 - bb) *GRUNDRECHTE. Zentrales Grundrecht ist das Recht Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen (art. 12 GG). Dieses Grundrecht schützt das Recht, eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit aufzunehmen, d.h. die Gewerbefreiheit und die Freiheit, als Arbeitnehmer tätig zu sein, und es schützt die Arbeitsvertragsfreiheit, d.h. die Freiheit, Arbeitsverträge als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer abzuschließen, sie inhaltlich nach eigenen Vorstellungen auszugestalten und wieder zu beenden.*”<sup>28</sup>

O trabalhador possui liberdade para iniciar e terminar o contrato, liberdade na escolha das diretrizes de sua vida privada, liberdades múltiplas desde que não esbarre no Código Penal, já o empregador possui liberdade econômica formal, restrita, já que responde pelos seus atos perante a justiça laboral.

Não possui liberdade para terminação do contrato, está vinculado a uma série de regras Constitucionais e do Código do Trabalho, que se multiplicam e restringem com enorme pesar a atividade empresarial.

A rigidez da norma de para trabalho igual, deve ser pago salário igual, somada a sua aplicação subjetiva, não representa um alcance absoluto do caráter protetivo implícito em sua essência. Vez que não necessariamente agrega maiores salários ou melhores condições de trabalho decorrente de sua existência, pelo contrário, o nível de padronização da retribuição acaba por ser jogado para baixo, como forma de as empresas escaparem da penalização imposta pela norma.

Possuir muitos direitos não significa ter maior qualidade ou efetividade neles. Não ter liberdade e implementar esquemas tão complexos de garantias sociais, pode afastar empresas interessadas em instalar-se no país e nivelar por baixo a política de remuneração.

#### **4. PRINCÍPIO GERAL DE NÃO DISCRIMINAÇÃO**

Conquanto já verificamos a ordem geral no que tange aos princípios gerais de igualdade e da necessidade de observância da liberdade, mormente o legislador não dormiu quanto ao abismo

---

<sup>27</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.124.*

<sup>28</sup> MASCHMANN, FRANK / HROMADKA, WOLFGANG, *Arbeitsrecht Band 1, cit. fls., 32.*

existente na sociedade pela histórica segregação dos direitos das mulheres, e especificou no art. 13º da CRP, que ninguém será privado de seus direitos fundamentais em virtude da distinção de sexo. Trouxe no mesmo normativo uma série de outros conceitos que devem ser respeitados em relação de igualdade ou como aplicação em âmbito positivo, mecanismos de combate a discriminação.

Especial relevo, possuem os Decretos Lei 392/79, de 20 de setembro e 426/88, de 18 de novembro, que devem ser conjugados com a Lei 105/97, de 13 de setembro, todas versando minimizar situações de discriminação.

Tanto o Decreto Lei 392/79, quanto a Lei 105/97, foram revogados de plano pelo novo código, havendo tácita revogação do Decreto Lei 426/88, conquanto que a discriminação traçada na Constituição abrange todos os filiados ao Estado, havendo ainda disposições preliminares do Código do Trabalho, que igualmente revogavam tais diplomas.

A preocupação mais latente diz respeito à inserção da mulher na sociedade economicamente ativa, uma vez que a mulher até os dias atuais sofre preconceito por algumas profissões e em muitas oportunidades, recebe salário menor do que o homem.

Mas não era essa a única preocupação da lei, havendo também a necessidade de criar um sistema de igualdade na contratação, para que se pudesse desenvolver uma situação objetiva de igualdade de oportunidades.

Isso porque o puro e simples conceito de igualdade, acaba por ser um princípio pacífico, orbitando os mecanismos de não discriminação como uma forma de traduzir o ideal marcado pelo conceito igualitário. Nesse caminho que o Professor Emmanuel Dockès, sob a direção dos Professores Dominique Chagnollaud e Serge Guinchard, lecionam sobre a lacuna deixada pelo princípio da igualdade na seção que versa sobre as discriminações, *“La prohibition des discriminations, même complétée de celle des discriminations indirectes, demeure loin d’être suffisante pour rétablir l’égalité. La situation d’infériorité maintenue des femmes ou des jeunes issus de l’immigration a fait l’objet de constatations statistiques éloquentes. Il n’est pas difficile de comprendre que cet état de fait s’explique par l’habituelle discrimination dont sont victimes ces personnes du seul fait leur appartenance à une catégorie dévalorisée. Cet écart persistant dans la situation de ces catégories est un signe alarmant de l’ineffectivité du principe d’égalité.”*<sup>29</sup>

Seguindo uma tendência da Doutrina Alemã, a preocupação com os contratos de maneira prévia, ou seja, desde a contratação criando um ordenamento de igualdade nas oportunidades e assim minimizando os riscos de discriminação em momento posterior ao contratado, vejamos: *“aa) Grundlagen. Bereits bei der Stellenausschreibung hat der Arbeitgeber das Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz (AGG) zu beachten (§11 AGG). Das AGG gilt nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch im allgemeinen Zivilrecht, daher die Bezeichnung als „Allgemeines Gleichbehandlungsgrundsatz“. Sein Ziel ist aber weder die Gleichbehandlung aller Mitarbeiter, noch der Schutz von Minderheiten vor jeglicher Diskriminierung, sondern die Verhinderung von*

---

<sup>29</sup> DOCKÈS, EMMANUEL, *Droit du travail*, cit. Fls., 149.

*Nachteilen, die Arbeitnehmer erleiden können, wenn sie gegenüber anderen in einer vergleichbaren Situation aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zurückgesetzt werden (§ 1 AGG). ”<sup>30</sup>*

Complementando o raciocínio, no Direito Francês, também verificamos a mesma preocupação com a contratação de maneira prévia, visando evitar discriminações já na contratação, *“La lutte contre les comportements discriminants n'est plus simplement prohibitive. Elle tente de devenir préventive. Il est ainsi demandé aux employeurs de rendre anonyme les curriculums vitae qu'ils reçoivent de la part de candidats à un emploi (art. L. 1221-7 C. trav. et n° 180). ”<sup>31</sup>*

Nesse sentido, o atual Código do Trabalho Português, preconizou a igualdade de oportunidades quando da contratação e também não se deixou escapar a necessidade desse princípio de igualdade perdurar durante o contrato com diversos mecanismos que visam colocar todos os trabalhadores em situação de igualdade.

Para isso, constam dos arts. 23, 24, 25 e 26 do Código do Trabalho, uma série de requisitos a serem cumpridos pelas empresas:

#### **“Artigo 23.º**

##### ***Conceitos em matéria de igualdade e não discriminação***

*1 - Para efeitos do presente Código, considera-se:*

*a) Discriminação direta, sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável;*

*b) Discriminação indireta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários;*

*c) Trabalho igual, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são iguais ou objetivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade;*

*d) Trabalho de valor igual, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são equivalentes, atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efetuado.*

*2 - Constitui discriminação a mera ordem ou instrução que tenha por finalidade prejudicar alguém em razão de um fator de discriminação.*

#### **Artigo 24.º**

##### ***Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho***

*1 - O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado,*

---

<sup>30</sup> MASCHMANN, FRANK / HROMADKA, WOLFGANG, *Arbeitsrecht* Band 1, cit. fls., 121.

<sup>31</sup> DOCKÈS, EMMANUEL, *Droit du travail*, cit. Fls., 149.

*prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.*

*2 - O direito referido no número anterior respeita, designadamente:*

- a) A critérios de seleção e a condições de contratação, em qualquer setor de atividade e a todos os níveis hierárquicos;*
- b) A acesso a todos os tipos de orientação, formação e reconversão profissionais de qualquer nível, incluindo a aquisição de experiência prática;*
- c) A retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção a todos os níveis hierárquicos e critérios para seleção de trabalhadores a despedir;*
- d) A filiação ou participação em estruturas de representação coletiva, ou em qualquer outra organização cujos membros exercem uma determinada profissão, incluindo os benefícios por elas atribuídos.*

*3 - O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação:*

- a) De disposições legais relativas ao exercício de uma atividade profissional por estrangeiro ou apátrida;*
- b) De disposições relativas à especial proteção de património genético, gravidez, parentalidade, adoção e outras situações respeitantes à conciliação da atividade profissional com a vida familiar.*

*4 - O empregador deve afixar na empresa, em local apropriado, a informação relativa aos direitos e deveres do trabalhador em matéria de igualdade e não discriminação.*

*5 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 4.*

*(Redação do n.º 1 dada pela Lei n.º 28/2015, de 14 de abril)*

## **Artigo 25.º**

### **Proibição de discriminação**

*1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão nomeadamente dos fatores referidos no n.º 1 do artigo anterior.*

*2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.*

*3 - São nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional.*

*4 - As disposições legais ou de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que justifiquem os comportamentos referidos no número anterior devem ser avaliadas periodicamente e revistas se deixarem de se justificar.*

*5 - Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação.*

*6 - O disposto no número anterior é designadamente aplicável em caso de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho ou à formação profissional ou nas condições de*

*trabalho, nomeadamente por motivo de dispensa para consulta pré-natal, proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licenças por parentalidade ou faltas para assistência a menores.*

*7 - É inválido o ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a ato discriminatório.*

*8 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 7.*

#### **Artigo 26.º**

##### ***Regras contrárias ao princípio da igualdade e não discriminação***

*1 - A disposição de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa que estabeleça profissão ou categoria profissional que respeite especificamente a trabalhadores de um dos sexos considera-se aplicável a trabalhadores de ambos os sexos.*

*2 - A disposição de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa que estabeleça condições de trabalho, designadamente retribuição, aplicáveis exclusivamente a trabalhadores de um dos sexos para categoria profissional correspondente a trabalho igual ou a trabalho de valor igual considera-se substituída pela disposição mais favorável aplicável a trabalhadores de ambos os sexos.*

*3 - O disposto nos números anteriores é aplicável a disposição contrária ao princípio da igualdade em função de outro fator de discriminação.*

*4 - A disposição de estatuto de organização representativa de empregadores ou de trabalhadores que restrinja o acesso a emprego, atividade profissional, formação profissional, condições de trabalho ou carreira profissional exclusivamente a trabalhadores de um dos sexos, fora dos casos previstos no n.º 2 do artigo 25.º e dos previstos em lei específica decorrentes da proteção do património genético do trabalhador ou dos seus descendentes, considera-se aplicável a trabalhadores de ambos os sexos.”*

Proposição também defendida pela Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho: *“nos termos da lei, o direito à igualdade de oportunidades no acesso ao emprego abrange a igualdade nos critérios de selecção e nas condições de contratação em todos os sectores de actividade e a todos os níveis hierárquicos, bem como o acesso à formação profisisonal (art. 24º nº2ª) e b)).”*<sup>32</sup>

Visando conceituar os diversos tipos de discriminação que podem ocorrer, sejam elas diretas ou indiretas, lecionou ainda a Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho, *“A regra geral é da qualificação como discriminatória e, conseqüentemente, da proibição de toda a conduta do empregador que privilegie, beneficie, prejudique, prive de qualquer direito ou isente de qualquer dever um trabalhador ou candidato a emprego, em razão da ascendência, idades, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, doença crônica, nacionalidade, raça ou origem étnica, religião, convicções políticas ou treligiosas, filiação sindical, território de origem, língua, grau de instrução, situação econômica, e condição social.”*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais cit.*, fls. 177.

<sup>33</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais cit.*, fls. 172.

Ainda que a exposição seja longa, não podemos configurar esse elenco de fatos discriminatórios como um rol exaustivo, podendo-se averiguar outros motivos que possam vir a ensejar um tratamento discriminatório, seja na contratação ou ao longo do contrato de trabalho.

Cabe ainda delimitar o conceito de discriminação direta e indireta.

Como discriminação direta, entendo que seja a atitude do empregador que visa de maneira proposital e não desculpável de favorecer um trabalhador em detrimento de outro. Por exemplo, não contratar mulheres para um trabalho no qual seja necessário turnos ininterruptos de revezamento, tendo em vista que as mulheres podem necessitar de uma ausência mais alongada do local de trabalho em virtude de licença maternidade.

Já a discriminação indireta, pressupõe uma atuação sutil do empregador que aparentemente não constitui hipótese de diferenciação proposital, mas quando da análise em um contexto maior, verifica-se o propósito desigual adotado. Nesse mister, imaginemos um empregador rede de televisão com transmissão por toda a Europa e sede em Portugal, que somente contrata empregados estrangeiros, acaba por ferir o direito de cidadãos Portugueses de concorrer ao cargo. De maneira escamoteada esse empregador contrata negros, pessoas em situação financeira desfavorável, mulheres e homossexuais, não vislumbrando-se nenhum caráter equivocado na atuação empresarial, no entanto levando-se em consideração que existe transmissão de programas voltados ao público Português, há discriminação indireta em relação aos profissionais nacionais. Verificamos ainda a existência de diversas diretivas que trazem em seu bojo a proteção de direitos anti discriminação gerias e especificamente em relação ao gênero sexual.

Por fim, verificamos uma tendência dos ordenamentos em geral, de implementar mecanismos para minimizar eventuais diferenças por discriminação. Assim a lei de cotas em universidades brasileiras, para negros, e estudantes em condição econômica inferior, facilitando o acesso ao estudo, gera mais adiante no mercado de trabalho uma condição de igualdade na busca por oportunidades de emprego da classe que está menos favorecida.

Assim que a posição Doutrinal Francesa, ainda que deixe uma escala subjetiva para caracterizar as discriminações, considerou que a depender da profissão que se está a recrutar, pequenas ou objetivas discriminações visando privilegiar a perfeição do trabalho a ser realizado, *“Ainsi, les critères du handicap, du sexe ou de la couleur de peau, tous pourtant expressément prohibés, n’en sont pas moins utilisables, par exception, s’ils le sont directement et exclusivement pour évaluer la qualité ou l’utilité d’actes. Dans les exemples précédents, on n’évalue pas les noirs ou les handicapés ou les hommes, mais la capacité à incarner le personnage d’Othello ou à piloter un avion. L’attribut de la personne ici utilisé implique une valorisation ou une dévalorisation objective, nécessaire, d’un acte. Ainsi, par exemple, on comprendra que l’utilisation du critère du sexe dans la sélection des candidats à un emploi soit expressément autorisée par l’article R. 1142-1 du Code du travail pour les professions d’acteur interprète, de mannequin ou de modele.(...)”*

*Dans ces hypothèses encore, un critère prohibé devient utilisable du fait de son impact objectif, direct, sur la valeur des actes professionnels, actes dont l'évaluation n'est pas prohibée.*”<sup>34</sup>

De maneira a erigir o princípio fundamental para uma atuação positiva de anti-discriminação, também definiu a posição Doutrinal Alemã, “36 - *Schon seit Längerem begreift man die Grundrechte nicht mehr allein in ihrer klassischen Funktion als Eingriffsabwehrrecht. Aus ihnen können sich auch Schutzpflichten ergeben, die es dem Staat gebieten, den Einzelnen davor zu bewahren, dass andere Privatpersonen seine grundrechtlich geschützten Rechtspositionen verletzen. Zur wirksamen Erfüllung von Schutzpflichten muss der Staat ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, will er nicht gegen das „Untermaßverbot“ verstoßen. Da das nicht selten wiederum mit Grundrechtseingriffen verbunden ist, etwa durch eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, stellt sich das Problem praktischer Konkordanz. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, der erst dann überschritten ist, wenn die Grundrechtsposition des einen der des anderen in einer Weise untergeordnet wird, dass angesichts von Bedeutung und Tragweite des „geopferten“ Grundrechts nicht mehr von einem angemessenen Ausgleich die Rede sein kann.*”<sup>35</sup>

Considerou o Autor que podem surgir obrigações decorrentes do poder de não discriminar, e que o Estado deve zelar por esses princípios constitucionais. Eles podem criar objetivamente critérios negativos que devem ser implementados como limitação no arbítrio dos entes privados, como no contrato de trabalho, mas que também devem respeitar o choque entre princípios de maneira a criar uma situação de subsidiência entre eles.

Como já descrito na presente dissertação, no meu entendimento, o princípio equiparatório nasceu da junção do princípio da suficiência salarial mínima com a proibição da discriminação, seguindo assim uma função de melhorar a qualidade do direito fundamental, mas sem interferir em outros ramos do Direito.

Posição também defendida no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, nos autos do Processo nº 10879/15.6T8VNG.P1, publicado em 13/02/2017, de Relatoria do Desembargador Jerónimo Freitas, vejamos: “II.3.1 O art.º 59.º n.º1, al. a), da CRP, estabelece que “*todos os trabalhadores*”, sem discriminação, têm direito “*à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna*”. Afirmam-se, assim, dois princípios respeitantes ao salário: o da equidade e o da suficiência.”

Dentro do princípio da suficiência salarial mínima, estão os deveres que a Constituição consagra no art. 59<sup>a</sup>, nº1, alíneas “b” e “c”, devendo ser garantida uma existência condigna no território Português.

---

<sup>34</sup> DOCKÈS, EMMANUEL, *Droit du travail*, cit. Fls., 153.

<sup>35</sup> MASCHMANN, FRANK / HROMADKA, WOLFGANG, *Arbeitsrecht* Band 1, cit. fls., 33.



Sobre o salário mínimo, asseverou o Tribunal Constitucional, nos Acórdãos 302/99 e 318/99, “o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador”.

No que tange a dignificação da pessoa humana, também entenderam os Professores Rui Medeiros e Jorge Miranda, “O legislador constitucional português torna assim clara a conexão dos direitos fundamentais dos trabalhadores com o princípio da dignidade da pessoa humana e com outros direitos fundamentais, designadamente com o direito ao desenvolvimento da personalidade e com o direito à protecção da família e da saúde.”<sup>36</sup>

Conjugando o esposado pelos Professores Rui Medeiros e Jorge Miranda, na sua obra de Direito Constitucional Comentado, o escopo do art. 59, nº1 da CRP, tem por objetivo conter discriminações e sua interpretação deve ser conjunta com o art. 13º da CRP, cujo teor é o princípio geral de igualdade, vejamos: “O corpo do nº 1 do artigo 59º - na esteira do artigo 58º, nº 2, alínea b) – começa por reafirmar, no contexto dos direitos dos trabalhadores, o princípio fundamental da igualdade, repudiando discriminações entre trabalhadores (...) O preceito, no quadro do sistema constitucional português, não pode deixar de ser lido em conjugação com o artigo 13º da Constituição.”<sup>37</sup>

Complementando esse entendimento, do mesmo artigo 59ª, nº1, alínea a), garante a Constituição uma retribuição justa e necessária para subsistência do trabalhador, “A Constituição garante a todos os trabalhadores uma retribuição adequada segundo a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, resultando do artigo 59º, nº1 alínea a), o direito fundamental a uma justa remuneração”.<sup>38</sup>

Muito oportuno citar os estudos relacionados a outras diversas normas que regem a matéria.

Verificamos no âmbito do Direito Constitucional Português, um alcance máximo a garantir maiores e melhores condições de vida ao seu povo.

Para esse estudante a experiência de residir em Portugal, se torna a materialização de viver em um lugar onde o Direito Constitucional se aproxima do Cidadão, onde o Governo se importa com seu povo, sendo essa uma das grandes virtudes do Estado Democrático Português.

Sacramentando sua posição de estar sempre a buscar o bem-estar do seu povo e aumentar os direitos e garantias dos cidadãos, é que a Constituição Portuguesa, se transforma em nítido exemplo para outros ordenamentos e constituições em âmbito mundial.

Assim, diversos doutrinadores definiram a Constituição Portuguesa, como uma verdadeira “Constituição do Trabalho”, e a Ilustre Professora Palma Ramalho deu seu contributo a este

---

<sup>36</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit.*, fls. 1156.

<sup>37</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit.*, fls. 1148.

<sup>38</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit.*, fls. 1149.

*coro, “Colocada no topo da hierarquia das fontes, a Constituição é de grande importância como fonte do Direito do Trabalho, pela atenção que dedicou ao fenómeno do trabalho em geral e à actividade laboral em particular – a importância dada pela Lei Fundamental ao fenómeno do trabalho permite mesmo reconhecer a existência de uma Constituição Laboral, que será constituída pelo conjunto de preceitos constitucionais com incidência directa ou indirecta no domínio laboral.”*<sup>39</sup>

Regido pelo art. 8º da CRP, o direito do trabalho no âmbito comunitário, assim como todos os demais ramos do direito, devem sempre respeitar as regras de eficácia imediata trazida pelo art. 8º nº 1, da CRP, ou as demais condicionadas a medidas administrativas que devem ser tomadas para entrada em vigor da norma no Estado Português, (ratificação pelo Estado, vinculação do Estado Português, prazo de vigência).

Assim, não há óbice para que Portugal integre uma norma estrangeira ao seu ordenamento, no entanto, esta deve cumprir as regras do supra citado artigo.

Nesse sentido, cabe destacar a Directiva 75/117/CE, cujo escopo principal é aniquilar a diferença salarial da mulher no mercado de trabalho europeu.

Não de maneira feliz, a humanidade no seu desenvolvimento, segregou o direito das mulheres em diversos aspectos, desde a participação na vida política da sociedade, quebrada com as revoltas das sufragistas até mesmo em relação ao mercado de trabalho.

O regramento que hoje se estabelece em busca por melhores condições de trabalho, não é o mesmo de outrora, até o século XXIX, era difícil para as mulheres serem alfabetizadas, pois vigia na época a cultura auto-didata, que a elas não era subsidiada, relato contido na literatura de Jonathan Rose, que relatou de maneira inigualável a evolução do pensamento dos trabalhadores através dos livros pelos quais os mesmos tinham acesso, *“Few working women would participate in adult education(...)”*<sup>40</sup>

A aderência as regras da citada Directiva, podemos ver em todos os ordenamentos europeus, como exemplo o Espanhol, que com forte tendência do Tratado de Roma, modificou regras do seu Estatuto do Trabalho, seguindo o boia da Diretiva e igualando o salário de homens e mulheres que exercem trabalho de valor igual, *“Bajo la aplicabilidad directa del art. 141 del Tratado de Roma y como transposición – ahora correcta – de la Directiva 75/117/CEE, de febrero, la actual versión del art. 28 ET –fruto de la Ley 33/2002, de 5 julio – obliga al empresario a pagar por la prestación de um trabajo de igual valor – sobre el concepto de trabajo de igual valor; TCo 145/1991, de 1 julio y 286/1994, entre otras- la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y ya se trate de conceptos salariales o extrasalariales, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de sus elementos o condiciones.”*<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 167.

<sup>40</sup> JONATHAN, ROSE, *The Intellectual life of the British Working Classes*, cit., fls.18.

<sup>41</sup> DIÉGUEZ, GONZALO / CABEZA, JAIME, *Derecho del Trabajo cit*, fls., 194.

Conquanto a luta das mulheres venha até os dias atuais a gerar enormes avanços na política antidiscriminatória, é importante destacar o regramento que hoje estabelece uma busca por melhores condições de trabalho foi impulsionado pelo art. 119 do TCEE, que prega a igualdade remuneratória entre homens e mulheres.

Não é o principal direcionamento da dissertação a igualdade remuneratória entre trabalhadores e trabalhadoras, mas importante estudar o alcance dessas normas, vez que através da interpretação delas, considero como o mais puro exercício da interpretação do legislador originário, sendo a base desse entendimento (salário idêntico para homens e mulheres), a maneira mais sustentável de aplicação da equiparação salarial como um todo.

Nada obstante a gama de direitos e garantias que constam da Constituição Portuguesa, há ainda o artigo 16º, que preconiza a integração de direitos fundamentais presentes em outros ordenamentos e especificamente no nº 2, sua ligação maternal com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Na linha das normas de conteúdo programático, identificamos ser a do art.16º, nº 2, da CRP, mais uma que se enquadra nesses moldes.

Nas palavras do Professor Jorge Miranda, quando trata do conflito entre normas constitucionais portuguesas e os preceitos da DUDH *“Haveria que distinguir consoante a norma constitucional fosse originária ou proveniente de revisão e consoante o princípio da Declaração Universal fosse de jus cogente ou não. No primeiro caso, nunca haveria inconstitucionalidade. Não é inconstitucional a contradição com o jus cogens – por definição supraconstitucional. E se o princípio não fosse de jus cogens, o que aconteceria então seria a retração do alcance da Declaração.”*<sup>42</sup>

De importância fulcral para esses estudos, a constante busca pelo aperfeiçoamento da interpretação e ampliação dos direitos fundamentais, trouxe posição Doutrinal no sentido de interpretar-se a 1ª parte do art. 2º da DUDH, como sendo a título exemplificativo.

Esse entendimento “exemplificativo”, do dispositivo, reforça a tese da Dissertação, como sendo uma não imposição de equação dos salários baseado em norma que na sua origem não tem esse alcance.

A Directiva que trata da igualdade no emprego e no trabalho, poderia ser dita como um princípio autônomo na comparação com o princípio geral de igualdade entre os homens e o princípio de salário igual para trabalho igual?

Essa questão que surge quando postos em pauta esses três institutos é medida que se impõe de maneira inarredável e gera demasiada curiosidade.

---

<sup>42</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.187.*

Sem pestanejar respondo à pergunta com a convicção de que se tratam do mesmo princípio, em suas várias espécies, sendo a ideia central e indivisível a proibição da discriminação no sentido amplo.

Não creio que o princípio da igualdade geral foi criado para uma finalidade distinta do proposto pela diretiva 2000.78.CE, que visa proteger o igualdade no emprego e no trabalho e no mesmo sentido, não é possível conceber que o princípio da paridade salarial, tem interpretação diversa da que consagra os outros dois aqui citados.

Registre-se, que o princípio da igualdade em termos salariais, tem na sua constituição o princípio da igualdade e impossibilidade de discriminação de forma geral somado ao princípio da suficiência salarial.

Logo de início, quando expõe a relação de motivos ensejadores da edição da Directiva 2000.78.CE, já notamos a preocupação com os princípios da igualdade de acesso, formação, promoção e condições profissionais, como basilares para edição da norma, conforme citação que faz referência a outra diretiva, qual seja 76/207/CEE.

A aplicação do princípio da igualdade geral, e no caso específico em relação à mulher, é tema que toca toda a exposição de motivos da Directiva 2000.78.CE, e seguindo o raciocínio do Professor Antonio Monteiro Fernandes, de que a essência da norma que prevê o pagamento de salário igual para trabalho igual, é flagrantemente a mesma presente na citada Directiva.

*“(3) Na aplicação do princípio da igualdade de tratamento, a Comunidade deverá, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Tratado CE, procurar eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, em especial dado que as mulheres são frequentemente vítimas de discriminação de múltipla índole.”*

Ou seja, tratando de uma forma geral, a exposição de motivos da Directiva, flagrantemente faz referência ao conjunto de princípios que norteia a equiparação salarial, quais sejam, a proibição da discriminação e a suficiência salarial.

Mais adiante, no nº 6, da parte introdutória, essa questão é tratada de maneira bastante clara:

*(6) A Carta Comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores reconhece a importância da luta contra todas as formas de discriminação, nomeadamente, a necessidade de tomar medidas*

*adequadas em prol da integração social e económica das pessoas idosas e das pessoas deficientes.*

Sobre a proibição da discriminação de maneira geral, ainda observamos no item “10” da referida introdução:

*(10) Em 29 de Junho de 2000, o Conselho aprovou a Directiva 2000/43/CE, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica(6), e que assegura já a protecção contra essas discriminações no domínio do emprego e da actividade profissional.*

Configurando os princípios gerais de busca pelo pleno emprego, de inserção do indivíduo na sociedade, de respeito da dignidade da pessoa humana por meio da atividade laboral, ainda registrou a Directiva:

*(8) As Orientações para as Políticas de Emprego em 2000, aprovadas pelo Conselho Europeu de Helsínquia, de 10 e 11 de Dezembro de 1999, sublinham a necessidade de promover um mercado de trabalho favorável à inserção social, através da definição de um conjunto coerente de políticas destinadas a combater a discriminação de determinados grupos, como as pessoas deficientes, e realçam igualmente a necessidade de prestar especial atenção ao apoio aos trabalhadores mais velhos, para aumentar a sua participação na vida activa.*

*(9) O emprego e a actividade profissional são elementos importantes para garantir a igualdade de oportunidades para todos e muito contribuem para promover a plena participação dos cidadãos na vida económica, cultural e social, bem como o seu desenvolvimento pessoal.*

Deixando mais evidente que a discriminação está ligada aos princípios gerais de igualdade, a Directiva, ainda considera:

*(12) Para o efeito, devem ser proibidas em toda a Comunidade quaisquer formas de discriminação directa ou indirecta baseadas na religião ou nas convicções, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual, nos domínios abrangidos pela presente directiva. Esta proibição de discriminação deve-se aplicar igualmente aos nacionais de países terceiros, mas não abrange as diferenças de tratamento em razão da nacionalidade nem prejudica as disposições que regem a entrada e a estadia de nacionais de países terceiros e o seu acesso ao emprego e à actividade profissional.*

Quando trata de discriminação direta, diz respeito ao fato flagrante, onde no local de trabalho, claramente mulheres recebem tratamento menos favorável. A discriminação direta é facilmente detectável, como nos casos em que a mulher recebe uma retribuição menor do que a do homem, somente pela sua condição de gênero. “*di retribuzioni inferiori per Le donne, pur a parità di mansioni svolte rispetto agli uomini.*”<sup>43</sup>

No que tange às discriminações indiretas, essas não são perceptíveis de um primeiro momento, mas somente através de uma análise mais profunda. Como exemplo os Professores, explicam na sua obra trazendo um conceito aparentemente neutro, “*Das Benachteiligungsverbot darf nicht durch Vorschieben scheinbar neutraler Kriterien unterlaufen werden. Deshalb unterfallen auch mittelbare Benachteiligungen dem Diskriminierungsschutz (§3 Abs. 2 AGG). Bei einer mittelbaren Benachteiligung unterscheidet der Arbeitgeber zwar nicht direkt nach den in §1 AGG genannten Merkmalen, verwendet aber Kriterien, die bei Personen, die Träger der verpönten Merkmalen sind, besonders häufig vorkommen oder fehlen.*”<sup>44</sup>

Ainda, em exemplo, se numa determinada empresa, separarmos homens e mulheres, em dois grandes grupos de funcionários e verificarmos que as mulheres recebem percentualmente menos do que os homens, estamos diante de uma discriminação indireta, fato que é flagrantemente vedado em todos os ordenamentos estudados, valendo destacar ainda a definição do direito italiano, “*differenze di trattamento tra uomini e donne Che si realizzano con l’adozione di criteri Che solo apparentemente possono dirsi neutri, mas, in realtà, hanno un effetto svantaggioso*”<sup>45</sup>

Passando a análise da norma propriamente dita, o artigo 1º, dita a que veio:

#### *Artigo 1.o*

##### *Objecto*

*A presente directiva tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.*

A busca pela redução das desigualdades é tema assente em todas as leis positivadas dos países democráticos. Desigualdades, discriminações, integração, melhores condições de vida, são os grandes pressupostos de idealização e realização dos governantes que se preocupam com o bem-estar do seu povo.

<sup>43</sup> TURSI, ARMANDO / VARESI, PIER ANTONIO, *Istituzioni Di Diritto Del Lavoro*, cit., fls.391.

<sup>44</sup> MASCHMANN, FRANK / HROMADKA, WOLFGANG, *Arbeitsrecht Band 1*, cit. fls., 127.

<sup>45</sup> TURSI, ARMANDO / VARESI, PIER ANTONIO, *Istituzioni Di Diritto Del Lavoro*, cit., fls.392.

Hodiernamente, falar sobre igualdade entre os homens, trouxe a lume uma subdivisão de discriminações, inerentes ao vocábulo central de desigualdade, sendo as discriminações direta e indireta.

A Directiva não ficou atrás e fez referência a ambas, por muitas ações ou omissões gerarem sutilmente, inconscientemente ou ainda que de maneira proposital, não seja identificável de plano, instauram discriminações tidas como indiretas. Já com maior clareza, as discriminações diretas flagrantemente demonstram o tratamento menos favorável. Tais disposições legais estão no art. 2º, nº 2, alíneas “a” e “b”.

O legislador também teve o cuidado de considerar que diferenças entre cotejados em potencial, podem ocorrer por motivos objetivamente justificados e é justamente nessa linha que o presente trabalho atua de maneira mais específica.

A discriminação é permitida também em linhas seguintes quando da leitura do artigo 4º *caput*, e dos nºs “1” e “2”, no qual os requisitos para o exercício de uma determinada atividade possam abranger características específicas, gerando uma discriminação “controlada” e “aceitável”.

Controlada e aceitável, pois, deve ser fiscalizada e seus termos de rejeição devidamente fundamentados, afim de provar que a solução do caso não feriu os deveres de igualdade.

Por exemplo, não é possível contratar uma pessoa de orientação religiosa Muçulmana para fazer propaganda de biquínis, um filme que conta a biografia de um Negro importante para a sociedade não pode ser encenado por um ator Branco, pois em ambas as situações, os candidatos seriam incompatíveis com a alma do trabalho ofertado.

A necessidade de controle dessas práticas, está presente na Directiva, quando trata da proteção desses trabalhadores contra atos ofensivos do empregador (art. 11º) somada a necessidade de “monitorização”, sugerida pelo art. 13º, nº 1.

Mais uma vez o caráter programático da norma chama atenção no art. 16º, alínea “b”, que pregam na medida do possível o ajuste interno dos Estados-Membros ao comando da Directiva.

Especial relevo para esses estudos trazem as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que também merecem ser analisadas de maneira atenciosa.

A convenção nº100 da OIT, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres, notadamente em termos de trabalho com valor igual, ou seja, exatamente o mesmo princípio descrito no art. 59, nº 2, a) da CRP, considera no artigo 1º alínea “b”:

*“b) A expressão «igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor» refere-se às tabelas de remuneração fixadas sem discriminação fundada no sexo.”*

Vejamos que o citado artigo faz remissão “às tabelas de remuneração fixadas sem discriminação fundada no sexo”, pressupondo a existência de um patamar pré-definido de salários, sob o qual não podem ocorrer diferenciações em virtude do sexo, podendo por qualquer outro motivo, salvo os de discriminação direta (religiosa, sexo, cor, credo e classe social), coexistirem homens e mulheres dentro da mesma empresa, que recebam salários diferentes.

Assim, considerando até mesmo a proposição trazida pelo artigo 1º, alínea “b” da Convenção nº 100 da OIT, podemos ter homens ganhando mais, ou menos, na comparação com outros homens ou mulheres, desde que não haja discriminação com base no gênero sexual e sejam respeitados os patamares mínimos de remuneração.

A morfologia do princípio, induz necessária discriminação direta, e não apenas a existência de diferença salarial com base em critérios unicamente definidos pelo empregador.

Em continuidade, no artigo 2º, nº 1, consta da referida convenção “1. Cada Membro deverá, pelos meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das tabelas de remuneração, (...)”, corroborando que se faz necessária a divulgação de uma tabela mínima de remuneração, podendo tal ocorrer basicamente por meio de lei ou negociação coletiva, sacramentando que bases mínimas utilizadas para remunerar homens e mulheres igualmente satisfaz o princípio isonômico pregado pela norma.

Se não ocorre discriminação na remuneração de homens e mulheres que observam o mínimo previsto em lei ou negociação coletiva, seguindo a própria Convenção da Organização Internacional do Trabalho, quanto mais entre empregados oriundos de empresas distintas que possuem o mínimo existencial previsto nas citadas “tabelas de remuneração”.

O princípio basilar do tratamento igualitário da remuneração está na discriminação propriamente dita, e não no valor da retribuição.

Os Estados devem coibir a discriminação em seu território seja ela remuneratória ou não, no presente trabalho, analisamos sob à ótica do Direito Laboral, e nesse sentido, também publicou a Organização Internacional do Trabalho a Convenção nº 111, que versa sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão.



Precisamente no artigo 1º, nº 1, alíneas “a” e “b”:

**“Artigo 1.º**

*(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:*

*a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;*

*b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.”*

O conceito é o mesmo quando trata da retribuição entre os sexos, no entanto mais abrangente em termos de direitos assecuratórios, vez que não se limita apenas a proteger igualdade de gêneros na remuneração, mas também de credo, nacionalidade, cor, religião, raça, classe social e opinião política para todos os fins, remuneração igual, idênticas oportunidades de emprego, respeito no tratamento dentro da órbita empresarial entre outros princípios de conteúdo programático.

Notadamente a norma apresenta um conteúdo proclamatório em sua redação, traçando objetivos a serem perseguidos pelos Estados-Membro da organização, fundamentalmente na aplicação desses princípios.

Com essa meta de extirpação da discriminação como um todo no âmbito empresarial, e especificamente em relação à remuneração quando tratamos de homens e mulheres, que a Organização Internacional do Trabalho, com as mesmas bases ideológicas editou Convenções 100 (impossibilidade de discriminação retributiva) e 111 (impossibilidade de discriminação geral), cuja tese aplicada na prática é a mesma, sendo uma específica da remuneração e outra geral no âmbito laboral.

Relembrando que o preceito trazido pelo art. 59, nº 2, al. a da CRP, é subdividido em proibição da discriminação somado a subsistência condigna, verificamos que tal situação ideológica, que se apresenta em diversas normas versando sobre princípios de igualdade e anti-discriminação, remontam a mesma base jurídica de proteção geral aqui explicitados nas convenções 100 e 111 da OIT.

Pelo que, não se pode acreditar ser o princípio do salário igual para trabalho igual, exceção da regra geral de proteção da discriminação e suficiência econômica retributiva, aplicando-o indistintamente no âmbito da autonomia privada em diferenças salariais decorrentes de mero exercício empresarial, ou até mesmo de maneira equivocada entre empregados com notória diferença contratual.

Entendimento que coaduna com o presente trabalho, no sentido de que somente em casos de latente discriminação são devidas diferenças salariais por violação ao preceito de salário igual para trabalho igual, vem adotando o Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento de causas conexas, vejamos:

*“ 31. Com efeito, o artigo 1.º da Directiva 2000/78 precisa que esta tem por objecto estabelecer um quadro geral para combater, no que respeita ao emprego e ao trabalho, as discriminações fundadas na religião ou nas convicções, na deficiência, na idade ou na orientação sexual. Por seu turno, a Directiva 2000/43 tem por objecto, como decorre do seu artigo 1.º, estabelecer um quadro para lutar contra a discriminação baseada na origem racial ou na origem étnica.*

*32. No entanto, decorre da decisão de reenvio que a discriminação em causa no processo principal não assenta minimamente em nenhum dos motivos enumerados pelas referidas directivas, antes resultando da categoria socioprofissional, na acepção do direito nacional, em que se incluem os interessados ou do seu local de trabalho.*

*33. Daqui resulta que uma situação como a que está em causa no processo principal não se inclui nos quadros gerais estabelecidos, respectivamente, pelas Directivas 2000/43 e 2000/78 para o combate a certas discriminações. Processo C-310/10. Do dia 07 de Julho de 2011. “*

O estudo acima demonstra de maneira inequívoca que a interpretação das diretivas europeias e convenções da organização internacional do trabalho, não poderiam ser diferentes, sendo necessário reafirmar que o princípio da equiparação salarial, compreende a união de dois princípios, um da impossibilidade de discriminação e outro da suficiência remuneratória, pois, países signatários dessas legislações como Itália e Alemanha, por exemplo, tratam o princípio da paridade salarial de maneira sustentável com a liberdade de gestão da empresa, apenas limitando a atuação do empregador em casos de latente discriminação.

Como bem asseverou o Professor Jorge Miranda, *“Nenhum direito é absoluto ou ilimitadamente elástico e cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade (aliás, mais valorativa do que lógica) do sistema.”*<sup>46</sup>

Esta citação é importante ao passo que para criar o direito do empregado receber diferenças salariais, lesando o patrimônio da empresa, revela-se, que é incompatível com o direito de liberdade do empregador, sua autonomia na condução do negócio, a busca do pleno emprego e muitos outros princípios passam a uma situação de desarmonia, quando o princípio do salário igual para trabalho igual é utilizado de maneira indistinta.

---

<sup>46</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.201.*

Tendo em vista a posição geográfica do preceito dentro da CRP, bem como analisando os conceitos concernentes a busca pelo Estado no bem estar de seu povo e combate a discriminação, considero como norma de caráter programático a busca pela plenitude do princípio da trabalho igual, salário igual.

Definição em contrário trouxe a Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, quando tratou da aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal, *“Desta forma, ainda que algumas das normas constitucionais que concretizam a ideia da igualdade ao nível das oportunidades profissionais, como ao nível dos direitos dos trabalhadores, possam ter a natureza de normas programáticas, o certo é que a base do sistema é uma norma dotada de eficácia imediata e fortemente tutelada.”*<sup>47</sup>

Mesmo respeitando a posição da Professora, sublinhe-se, que a busca pelo bem estar, está diretamente ligada à suficiência da remuneração, que por sua vez deve atender aos trabalhadores, em sua subsistência, lazer, inclusão na sociedade sendo o alcance mais longo prover dignidade da pessoa humana, remontando também ao que consta da DUDH.

Arelado ao combate a discriminação, temos como dever da República, mitigar diferenças sociais, de cor, raça, credo, nacionalidade e sexo, também em consonância com a DUDH e os conceitos constitucionais.

No entanto, são matérias de ordem pública, que definem claramente diretrizes ao País, sem vincular as demais normas, bem como sem caracterizar aplicação imediata, desnudam um caráter meramente proclamatório a assim dizer.

Também dessa forma entendeu o Dr. Abílio Neto, em sua explanação:

*“Não estando, pois, a coberto de qualquer norma de aplicabilidade imediata, expressamente estabelecida no texto constitucional, os preceitos relativos aos “direitos dos trabalhadores”, designadamente os enunciados na AL. A) do n.º 1 do art. 59.º, são meramente programáticos ou proclamatórios, e constituem normas que, enquanto tais, face à indeterminação relativa do seu conteúdo, não conferem aos seus destinatários, pessoas singulares, quaisquer direitos subjectivos, embora imponham ao legislador a obrigação de agir para tornar exequíveis as correspondentes normas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º - 1 da CRP).”*<sup>48</sup>

Nenhum empregado vai ajuizar demanda contra a empresa privada requerendo majoração da retribuição, por julgar incoerente com o preceito constitucional de retribuição mínima.

---

<sup>47</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: A aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal*, cit., fls. 163.

<sup>48</sup> ABÍLIO, NETO, *Conteúdo e Alcance do Princípio Constitucional “Para Trabalho Igual Salário Igual em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho* cit., fls.374.

A norma do art. 59, n° 2 da CRP, é literalmente dirigida aos entes públicos e particulares, no entanto sua aplicação indistinta dos princípios gerais de bem estar social e combate a discriminação é que conferem interpretação equivocada ao ditame constitucional.

E justamente essa ampliação da validade originária da norma que ultrapassa os limites de norma programática que o legislador constituinte conferiu.

Por todo o exposto, a conclusão do capítulo não poderia ser diferente do fato de que somente são devidas diferenças salariais quando ausente a boa-fé do empregador e presente a atitude discriminatória seja no seu conceito central, direta ou indireta.

## 5. RETRIBUIÇÃO

A atividade laboral, pressupõe a existência de uma retribuição para fazer nascer a condição de empregado. Se do trabalho não decorre uma retribuição, não podemos enquadrar o referido trabalhador na condição de empregado.

É de importância fulcral para os estudos apresentados, analisar isoladamente a retribuição do empregado sob todos os aspectos legais que cercam sua fixação.

De início, o conceito básico de retribuição, é o descrito no art. 59/2 a) da CRP, que dita as regras sobre o salário mínimo nacional. No citado dispositivo, constam diretrizes que devem ser observadas como necessidades dos trabalhadores, custo de vida, desenvolvimento de forças produtivas e estabilidade econômica.

Em nível hierárquico inferior, encontramos no Código do Trabalho, art. 273, n° 1, o comando de observância do empregador ao princípio constitucional de retribuição mínima, de acordo com valores reajustados anualmente por meio de legislação específica.

Esses mecanismos, impedem que o empregador cometa abusos contra seus funcionários, imputando-lhes remuneração menor do que o piso salarial previsto em lei, e via de consequência respaldando direitos de subsistência e condição digna de vida.

Ainda nessa mesma linha, a retribuição mínima, possui a tarefa de manter a ordem econômica interna do país em equilíbrio, contribuindo para o aquecimento das finanças. Na mesma linha de raciocínio, o Professor António Monteiro Fernandes, considerou no tópico “D”, quando tratou do salário como fator da política econômico, concluiu, “(...) *sobre as organizações de base, tendo em vista a observância de certos parâmetros na negociação de salários em conformidade com a política macroeconômica de conjuntura.*”<sup>49</sup>

Nesse panorama, não podemos considerar puramente uma natureza retributiva do salário, sendo certo que sua designação, possui contornos mais abrangentes e preocupação não só com o valor pago mediante a contraprestação do trabalhador pela força de trabalho, mas indo além e

---

<sup>49</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit.*, fls.387.

protegendo a sua vida digna, de seus familiares e em última instância, a ordem econômica interna.

Leciona o Ilustre professor. “*De qualquer modo, é patente que as disposições referidas assentam numa concepção não puramente <<retributiva>> do salário – antes sublinhando a inerência deste último à satisfação das necessidades pessoais e familiares do trabalhador.*”<sup>50</sup>

Definição trazida pela Doutrinadora Maria do Rosário Palma Ramalho é relevante para nortear nossos estudos: “*modalidade de actividade laborativa, o trabalho subordinado é a actividade humana produtiva, destinada ab initio à satisfação das necessidade de outrem, desenvolvida a título oneroso para um sujeito privado ou que actua como tal, por um trabalhador livre e dependente.*”<sup>51</sup>

Trabalho é o sentido mais amplo do direito tutelar especializado, visando garantir que essa justiça alcance o patamar mais aprofundado de relações que possam dele decorrer. Já o emprego, corresponde ao trabalhador assalariado que prescinde da retribuição como característica principal dessa relação.

O trabalho não remunerado, sequer pode ser considerado trabalho, estando avesso a vertente trabalhista, “*Il contratto di lavoro subordinato non oneroso non rientra perciò nell’ambito Del tipo negoziale regolato dall’art. 2094 cod. Civ.*”<sup>52</sup>

Sobre a necessidade preeminente da retribuição, leciona a Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, “a retribuição é exigida directamente pela noção legal de contrato de trabalho (arts. 1152º do CC e 11º do CT), configurando-se pois como um elemento essencial do negócio laboral.”<sup>53</sup>

Em âmbito comunitário a mesma especial atenção conferiu o Direito Italiano, “La retribuzione è un elemento fondamentale del contratto di lavoro che,”<sup>54</sup>

No Direito Espanhol, que sofre forte influência das regras laborais Portuguesas, os Professores Gonzalo Diéguez e Jaime Cabeza, reforçam a força que possui a retribuição e ainda a caracterizam como forma de o empregado manifestar seu desejo de rescindir o contrato por justa causa do empregador, vejamos “*La primera obligación del empresario es la de retribuir el trabajo que se le presta mediante el pago de um salario. A ella alude ET, tanto cuando incluye La falta de ese pago como justa de dimisión del trabajador*”<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit.*, fls.384.

<sup>51</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 30.

<sup>52</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 579.

<sup>53</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 24.

<sup>54</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 579.

<sup>55</sup> DIÉGUEZ, GONZALO / CABEZA, JAIME, *Derecho del Trabajo cit.*, fls., 183.

Princípio do salário mínimo não é o mesmo atribuído ao princípio da suficiência salarial. Ambos possuem natureza programática, sendo a suficiência do salário, a possibilidade daquele indivíduo de permanecer na escala do seu status social com a retribuição que recebe.

Por sua vez, o salário mínimo, leva em consideração características gerais mercadológicas, índices de inflação, vinculação ao normativo constitucional.

Na comparação entre ambos, poderia dizer que a suficiência do salário é alcançada através da retribuição negociada pela categoria, que leva em consideração não só a base constitucional, mas também as necessidades da categoria, como por exemplo uma parcela da retribuição que o empregado precisa destinar a se atualizar para permanecer exercendo aquela profissão (médicos, advogados, engenheiros e etc...), categorias que necessitam de constante investimento em si próprios, cuja suficiência só é alcançada mediante um piso normativo que possibilite tais investimentos. Esse conceito pode seguir uma característica de inovação e intimidade com as necessidades do trabalhador, *“Já no que toca aos fenômenos laborais colectivos, trata-se de regular fenômenos completamente novos, razão pela qual as normas são mais estruturadas e abrangentes, mas também mais <<distantes>> do universo do direito privado.”*<sup>56</sup>

Já o piso constitucional, leva em consideração a existência condigna no país, sem distinguir categorias de trabalho, e mesmo com bases constitucionais semelhantes, os conceitos se distanciam na medida acima destacada.

Exemplifico considerando que EMP 1 recebe 2000,00 euros e EMP 2 recebe 1900,00 euros, portanto existindo uma diferença de 100,00 euros, entre eles, sendo o salário mínimo vigente em Portugal de 600,00 euros e o salário mínimo da categoria de 1000,00 euros.

EMP 1, pode utilizar seus 100,00, euros a mais de salário para jantar com sua família ao longo do mês, enquanto que EMP 2, pode economizar 100,00 euros de seu salário, gastando 1800,00 euros por mês com suas necessidades básicas e os 100,00, economizados, investindo em cursos e ferramentas de atualização para melhor prestação de serviços, vivendo de maneira digna sem qualquer diferença de classe ou discriminação em relação ao EMP 1, que gasta seus 2000,00, inteiramente com suas necessidades básicas.

Nessa vertente, ainda que ambos trabalhem para a mesma empresa, e desempenhem as mesmas tarefas, não há qualquer relação de discriminação por parte do empregador para com os cotejados. Analisando-se o caso concreto, a relação entre empregador e os EMP's 1 e 2, não é discriminatória, a relação entre EMP 1 e EMP 2, não é discriminatória, a relação da sociedade com o EMP 1 e o EMP 2, também não é discriminatória e ambos possuem uma existência condigna, sem extrapolação dos limites e princípios constitucionais, laborais ou comunitários.

Principal obrigação do empregador, a retribuição, deve obedecer parâmetros sólidos e bem objetivos no ordenamento jurídico.

---

<sup>56</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 53.

Dentre todas as demais parcelas inerentes ao contrato de trabalho, a retribuição que ganha maior relevo por ser a de montante mais elevado que o trabalhador irá receber no curso da prestação de serviços, sendo todas as demais acessórias a esse principal.

Erigindo tal obrigação patronal, a Professora leciona “(...) *não suscita dúvidas a sua qualificação como dever principal do empregador, não apenas porque a retribuição é referida como elemento essencial do contrato de trabalho na respectiva noção legal (art. 1152º do CC e art. 11º do CT), mas também por força da ultrapassagem das concepções comunitário-pessoais do vínculo laboral.*”<sup>57</sup>

Dentre tantas características, podemos destacar que a retribuição tem caráter urgente, goza de preferência sobre outros credores da empresa no caso de falência e possui natureza alimentar.

Sobre a suficiência retributiva, leciona a Professora, “*De acordo com este princípio, a retribuição não pode descer abaixo de um valor determinado, que é considerado o valor mínimo para prover às necessidades básicas de sobrevivência do trabalhador e da sua família.*”<sup>58</sup>

E ainda do Direito Italiano, “*In tale contesto l'art. 36 Cost. prevede che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare al medesimo ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.*”<sup>59</sup>

Não será objeto de estudo nesse trabalho a natureza salarial e isonômica de outras parcelas constantes do contrato de trabalho, dada à diversidade de valores acessórios que podem ser recebidos pelos trabalhadores e a quantidade de intervenções divergentes sobre cada uma delas (comissões, participação nos lucros, retribuição natalina e etc ...).

Inúmeras são as regras que o empregador deve obedecer para fixação da retribuição, tendo em vista o caráter de maior relevo que ela possui no contrato de trabalho, sendo além de ser utilizada para sobrevivência do trabalhador e sua família, também está indexada a conceitos sócio-econômicos e desenvolvimento monetário do país, pelo que, não posso coadunar com a possibilidade do salário mínimo definido em lei e com validade em âmbito nacional ou o salário mínimo definido por negociação coletiva, sejam tão levianos a ponto de não garantir ao trabalhador todos os conceitos positivos que devem estar englobados na remuneração.

Ressalte-se, que o salário é a prestação mais custosa do contrato de trabalho, sendo todas as demais acessórias a esse principal, por ser o que gera maior impacto no empregador, ela não pode ficar ao crivo do judiciário para modificar os valores envolvidos, pois geram enorme impacto no poder diretivo do empregador.

---

<sup>57</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 438.

<sup>58</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais cit.*, fls. 677.

<sup>59</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 579.

Tendo a retribuição um caráter vinculativo e sendo a principal negociação entre empregado e empregador, da mesma só deve ocorrer modificação por fato extremamente grave, não podendo sob qualquer medida ser majorada.

## **6. FORÇA COLETIVA DO CONTRATO DE TRABALHO**

Em continuidade ao capítulo e não tão diferente do conceito trazido acima, a força Sindical e o caráter vinculativo de sua negociação também deve ser respeitado.

Assim como a retribuição mínima tratada em linhas ao norte, a convenção coletiva é um dos elementos fixadores da retribuição, senão o maior deles, pois em geral, o salário defendido coletivamente é maior do que o salário mínimo nacional Constitucional.

Especial relevo ganha a negociação coletiva, tendo em vista que somente através dela os trabalhadores conseguiram se igualar em relação ao empregador. Um trabalhador sozinho não possui poder de barganha junto ao seu empregador, mas vários trabalhadores juntos causam direto impacto na empresa e via de consequência no citado poder de negociação, tendo o trabalho e o direito que o protege erigiram a uma condição de dignificação da pessoa humana.

Conceitualmente a aclamada Professora Maria do Rosário Palma Ramalho, definiu “*o trabalho subordinado reconduz-se a uma actividade humana produtiva, valorizada por si mesma e não pelos resultados em que se traduza.*”<sup>60</sup>

Sendo o trabalho valorizado pela atividade, não podemos considerar que o pagamento de retribuição diferenciada por melhor produtividade, ou outros critérios adotados pelo empregador, se constitua numa ferramenta discriminatória.

Aqui trazemos a ideia de trabalho e retribuição de uma maneira geral. Se em sentido amplo ao trabalho é paga uma retribuição que respeite os princípios mínimos constitucionais, convencionais e infraconstitucionais, estaríamos assim atendendo ao preceito geral exarado acima, no qual paga-se pela atividade humana do trabalho em si e não pelo seu resultado prático.

No Brasil, um empregado pode ser dispensado sem justo motivo, tenha este uma alta ou baixa produtividade. Em Portugal o despedimento deve ser sempre motivado pela empresa.

---

<sup>60</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 20.



O conceito geral nuclear da isonomia salarial, pressupõe dois empregados desempenhando as mesmas atividades, com diferença na remuneração. Ora, a retribuição é paga pela atividade humana e não por sua produção.

Se o empregador submeter o funcionário a condições de excessivo estresse na cobrança de resultados, este será punido por tal prática ilícita, devendo deste modo, deixar o ambiente de trabalho transcorrer de maneira imparcial, com obrigações de ambas as partes, mas sem excessivas cobranças, ameaças, ou desrespeito. Tudo girando em torno do fato de o empregador gerar um posto de trabalho, ou seja, colocar um funcionário para desempenhar determinada função, sem expectativas exacerbadas em relação a este trabalhador.

A ideia do trabalho como direito a liberdade, e a Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, aborda com maestria essa função “*a actividade de trabalho tem que ser uma actividade livre*”<sup>61</sup>, vez que ainda tememos o passado dos escravos e servis, de igual forma, a liberdade econômica, não intervencionismo estatal, também devem ser conferidos ao empregador.

Ambos os cotejados na relação laboral possuem liberdade e restrições dentro de padrões que permitam a coexistência.

O empregado ainda possui uma prerrogativa maior em Portugal, vez que ele próprio seguindo o princípio de que o trabalho não é forçoso, pode rescindir o contrato de trabalho a qualquer tempo, sem prejuízo de ter de indenizar o empregador por eventuais prejuízos causados por esse destrato. Sendo uma característica relevante e presente nos demais ordenamentos jurídicos mundo à fora, a de que o trabalho é livre e o empregado pode escolher trabalhar ou não a qualquer tempo, nenhum deles é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo.

Em sentido contrário, o empregador não conta com essa total liberdade em todos os ordenamentos jurídicos vigentes, sendo o modelo Português, restritivo quanto à extinção da relação do posto de trabalho na forma do art. 53 da CRP.

Portanto, as obrigações do empregador sob o enfoque retributivo, devem observar o valor mínimo constitucional. Havendo acordo coletivo no sentido de ampliar o mínimo constitucional, deve-se aplicar o mínimo da categoria de trabalho.

Ambos os salários mínimos referidos, levam em consideração os princípios que norteiam a evolução valorativa do trabalho e do trabalhador, tanto os que estão diretamente ligados ao bem-estar do trabalhador, tais como status social, dignidade da pessoa humana, existência digna, inclusão social, poder de compra, vitórias da categoria sindical, sustentabilidade dos postos de trabalho, como os que visam privilegiar a função social da empresa, como a busca do pleno emprego, crescimento econômico(rentabilidade), lucratividade e segurança jurídica.

---

<sup>61</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 22.

O direito coletivo é em alguns ordenamentos a principal fonte a subsidiar direitos laborais, e tal não ocorre por mero desleixo do legislador local, mas pelo fato de que o chavão do que é negociado fica sendo o mais justo, bem como pelo fato da negociação coletiva retratar da maneira mais profunda as melhores condições entre empregados e empregadores.

Princípio esse amplamente demonstrado pela Ilustre Doutrinadora Maria do Rosário Palma Ramalho, “(...) o princípio do colectivo permite reconduzir o Direito do Trabalho a um direito de grupos (entendendo aqui o termo grupo não em moldes restritos, reportados a entidades colectivas, mas em termos amplos, ou seja, abrangendo realidades, conceitos e entidades colectivas) e reconhecer a dimensão colectiva como o traço mais original deste área jurídica.”<sup>62</sup>

Nos ordenamentos Português e Brasileiro, não é o direito coletivo única fonte de direito do trabalho, sendo a constituição a maior norma hierárquica. Em sequência, temos os códigos do trabalho, diretivas, o Direito Comunitário, a Organização Internacional do Trabalho, jurisprudência, Doutrina dentre outras fontes legislativas. Não sendo exagerado afirmar que a negociação coletiva atinge em cheio os anseios da categoria.

Muito em conta desse caráter mais próximo que as convenções coletivas tem com os direitos dos trabalhadores, elas possuem no ordenamento brasileiro uma elevação ao patamar de norma constitucional, sendo a maior valoração que se pode dar a um normativo dentro do ordenamento, na forma do art. 7º, XXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”.

Tanto é o poder dos normativos coletivos, que através deles no Brasil é possível à redução do salário, característica jamais conferida a qualquer outra norma, no mesmo artigo sétimo, inciso VI “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;”.

Essa tendência espelhada no Direito Português, também encontra guiarida no próprio citado ordenamento Lusitano, conforme definido na Decisão Sumária 735/2015, do Tribunal Constitucional, publicada em 20/11/2015, de Relatoria da Conselheira Catarina Sarmento e Castro, em Acórdão onde se visava declarar inconstitucional a diminuição remuneratória, o Tribunal Constitucional entendeu por ser legal o corte na retribuição: “c) não julgar inconstitucionais as normas, extraídas dos artigos 19.º, n.º 9, alínea t); 24.º; 28.º; 30.º e 31.º, todos da Lei n.º 55 A/2010, de 31 de dezembro, na medida em que determinam, imperativamente, prevalecendo sobre quaisquer outras disposições legais ou convencionais, reduções remuneratórias, proibição de atos que consubstanciem valorizações remuneratórias, e condicionamentos de componentes remuneratórias, dos trabalhadores das empresas públicas de capital exclusiva e maioritariamente público;

d) não julgar inconstitucionais as normas, extraídas dos artigos 20.º, 32º e 33.º, todos da Lei n.º 64-B/2011, de 31 de dezembro, na medida em que determinam, imperativamente, prevalecendo sobre quaisquer outras disposições legais ou convencionais, reduções

---

<sup>62</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 531.

*remuneratórias, proibição de atos que consubstanciem valorizações remuneratórias, e condicionamentos de componentes remuneratórias, dos trabalhadores das empresas públicas de capital exclusiva e maioritariamente público.”*

Tal decisão é embasada pelo Código Constitucional Português, que sempre à frente em seu tempo no art. 56º, preconiza uma série de questões relativas à primazia do direito coletivo. Nesse âmbito a posição Doutrinal da Professora Maria do Rosário Palma Ramalho também destacou, “*O princípio da primazia do colectivo reportar-se à determinação do conteúdo do contrato de trabalho e realça o facto de, por força da integração do trabalhador e do empregador nos respectivos grupos profissionais (a associação sindical e a associação de empregadores), as condições de trabalho serem habitualmente determinadas por via colectiva, bem como o facto de, em caso de dissídio entre as condições de trabalho estabelecidas no contrato e as que sejam dispostas colectivamente, estas prevalecem tendencialmente sobre aquelas.*”<sup>63</sup>

No Direito Italiano, o princípio constitucional que trata da proporcionalidade da retribuição e sua suficiência, diretamente conecta o patamar mínimo do salário a filiação do trabalhador no âmbito de sua categoria, “*Come si vede, all'interno della definizione costituzionale sono agevolmente enucleabili due profili, nettamente distinti, della retribuzione: quello che allude ad essa come corrispettivo dell'attività prestata (proporzionalità) e quello che si riferisce alla soddisfazione di bisogni personali e familiari (sufficienza). La proporzionalità è predicata rispetto alla qualità della prestazione (inquadramento del lavoratore in termini di qualifica e categoria)*”<sup>64</sup>

O Professor italiano ainda assevera em sua obra “*È peraltro altrettanto evidente che - in linea di massima e fatte salve particolari situazioni - la forza contrattuale del datore di lavoro prevarrebbe su quella del lavatore, imponendo a quest'ultimo condizioni economiche svantaggiose, pur di ottenere e/o mantenere l'occupazione.*”<sup>65</sup>

Erigindo a força sindical, também a posição Doutrinal Alemã, conferiu especial atenção na ação dos sindicatos e sua força vinculativa, caracterizando-a como uma força de maior auxílio aos empregados na negociação e aduzindo ser a fixação do salário sua função primordial, vejamos: “*Zweite Schutzmacht der Arbeitnehmer neben und nach dem Gesetzgeber sind die Gewerkschaften. Sie sind sozusagen die kollektive Selbsthilfeorganisation zur Schaffung und Wahrung angemessener Arbeitsbedingungen. Ihre hauptfunktion ist das Aushandeln des „gerechten“ Lohns, das in einer Marktwirtschaft den Teilnehmern am Markt selbst zukommt, die Verbesserung und Verfeinerung gesetzlicher Mindeststandards und die Anpassung gesetzlicher Regelungen an die Bedürfnisse der Branche und der Unternehmen.*”<sup>66</sup>

Não fica para trás o Direito Espanhol, e a força vinculativa do instrumento coletivo também é ratificada no citado ordenamento, “*En el convenio colectivo se incluyen con frecuencia las tablas salariales correspondientes a cada nivel funcional, y los criterios de actualización de su importe,*

---

<sup>63</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 535/536.

<sup>64</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 579.

<sup>65</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 580.

<sup>66</sup> MASCHMANN, FRANK / HROMADKA, WOLFGANG, *Arbeitsrecht Band 1*, cit. fls., 39.

*estableciéndose, con ello, un límite mínimo absoluto para cada categoría o nivel profesional. Pero, específico, al concretarse el montante a percibir en concepto de cada una de las partidas en que habrán de estructurarse el montante a percibir en concepto de cada una de las partidas en que habrán de estructurarse las retribuciones, o bien los parámetros de cálculo de las mismas, y al fijarse los criterios determinantes de su devengo por el trabajador.*”<sup>67</sup>

O Professor ainda assevera que é possível na própria convenção serem delimitados os parâmetros e conceitos de salário igual e de valor igual, deixando para a negociação coletiva os critérios objetivos que serão utilizados para diferenciação salarial, vejamos: *“Es, por lo demás, instrumento idóneo para establecer criterios de diferenciación salarial, si bien ello deberá articularse con sujeción al principio de igualdad y al de no discriminación.*”<sup>68</sup>

Tal apontamento é de suma importância para a presente dissertação, vez que buscamos exatamente critérios objetivos que impeçam a intervenção do Estado no âmbito empresarial privado e o crivo subjetivo do judiciário.

Sobre a força vinculante do salário, já vimos em linhas ao norte quando cuidei da retribuição, não sendo fastidioso frisar que o salário coletivo deve ser respeitado.

Ou seja, os parâmetros aqui deduzidos, não deixam dúvidas da força que o normativo coletivo se faz imperar em detrimento de normas genéricas, tais como as regras gerais dirigidas a todos os trabalhadores.

Sobre o tema, diz a Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, *“Por outro lado, por serem celebradas pelos próprios entes laborais, as convenções colectivas constituem o instrumento mais adequado para adaptar os regimes gerais dispostos pela lei às particularidades de cada sector profissional ou regional ou de um determinado contexto empresarial, correspondendo assim da melhor forma aos interesses laborais específicos desse sector de actividade ou dessa empresa.*”<sup>69</sup>

Isso ocorre, tendo em vista que não é possível para um único trabalhador, dada a sua condição de hipossuficiente na relação laboral, discutir benefícios e deveres perante seu empregador, sendo certo que em conjunto com outros trabalhadores, sejam da mesma empresa ou de empresas distintas com representatividade nas condições do trabalho realizado em particular, uma força tarefa capaz de definir condições mais justas de trabalho, denotando aí uma característica em muito suscitada no presente trabalho, a norma sustentável.

O Professor António Monteiro Fernandes, ainda considera que as convenções coletivas, são importantes instrumentos de definição do padrão salarial e das características de cada função: *“Nesta perspectiva, as convenções colectivas de trabalho, ao identificarem e definirem*

---

<sup>67</sup> MANGLANO, CARLOS MOLERO / CERVERA-SÁNCHEZ, JOSÉ MANUEL / DÍAZ-CANEJA, ANA MANTORRAS / ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> JOSÉ LÓPEZ, *Manual de Derecho Del Trabajo*, cit. Fls., 285.

<sup>68</sup> Idem, cit. Fls., 285.

<sup>69</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral* cit., fls. 250.

*<<categorias>> e ao ligarem a estas certos valores remuneratórios, surgem como instrumentos de equidade salarial: a <<grelha>> de categorias é aplicada às tarefas concretamente exercidas pelos trabalhadores, o que permite agrupá-los por identidade ou semelhança de funções, e conferir a cada grupo um nível remuneratório mínimo que será comum aos trabalhadores que o integram.”<sup>70</sup>*

Acredito que as convenções coletivas, agem dentro de um ponto de partida para os direitos de determinada categoria. Em exemplo, o Banco A, contrata todos os empregados que exercem a função de caixa com o salário base estipulado pela convenção, cumprindo o requisito mínimo definido em lei. No entanto, o Banco B, visando ganhar mercado e prestar um melhor serviço aos seus clientes, opta por contratar caixas com nível mínimo pós-graduação em direito bancário e via de consequência, paga-lhes uma remuneração maior do que o básico previsto na convenção coletiva, para atrair profissionais bem preparados e melhorar sua imagem perante os concorrentes.

Utilizando essa situação concreta, temos uma diferenciação entre os requisitos qualitativos dos empregados, sendo certo que ambas as instituições agem dentro da lei e cumprem a função social da empresa.

Falta ao exemplo registrado, a condição de empregados da mesma empresa para partimos a uma análise mais profunda dos requisitos de isonomia salarial, ao passo que a ausência de trabalho para o mesmo empregador, impede o recebimento de idêntica remuneração.

Agora vamos considerar que o Banco A, comprou o Banco B, oportunidade em que se obrigou seguindo os ditames da legislação vigente a manter intangível os contratos de trabalho dos empregados mais qualificados do Banco B.

Nessa hipótese, chegamos a uma rotunda de problemas, onde todos os empregados de função “caixa”, passam a exercer “idênticas” funções, obrigando o Banco A, sob a ótica do princípio de que para trabalho igual, deve-se pagar remuneração igual, a reajustar todo seu quadro de retribuição aos empregados lotados na função de “caixa”, visando equiparar aos recém chegados caixas do Banco B, que tinham retribuição maior na respectiva instituição.

Cuidando da questão, o Ilustre Doutrinador António Monteiro Fernandes, não deixou de lado em suas lições: *“Mas a identidade ou semelhança de funções (determinada a partir da natureza da actividade e do tempo de prestação) não é, necessariamente, <<trabalho igual>>. Mesmo que se trate de dois postos de trabalho absolutamente idênticos, a prestação de actividade em cada um deles pode ser diferente: um dos trabalhadores é mais pontual do que o outro; <<rende>> mais do que o outro; um realiza com maior perfeição técnica as suas tarefas do que o outro; um exerce a função com maior autonomia do que o outro.”<sup>71</sup>*

---

<sup>70</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit.*, fls.389.

<sup>71</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit.*, fls.389.

Remonta-se ao facto de que o princípio de paridade salarial está muito mais ligado aos ideais de retribuição mínima e impossibilidade de discriminação no emprego, do que a puramente pagar idênticos salários a funcionários que exercem funções iguais.

Nos seus escritos o Professor compara puramente o ditame constitucional de equidade salarial entre empregados e a necessidade de equidade salarial entre homens e mulheres, transformando-o em uma cláusula geral de equiparação, em detrimento de seu ideal de aplicação apenas no âmbito salarial.

Os acordos e convenções coletivas, representam a materialização da norma laboral sustentável, boa para todos, justa, que é capaz de se perpetuar no tempo e continuar atendendo os anseios de ambas as partes da relação laboral, tanto empregado como empregador.

Especificamente no tema objeto do presente trabalho, uma cláusula que é objeto primordial da relação de trabalho, sempre anda a constar nos normativos coletivos, qual seja, a retribuição.

Pode-se inclusive dizer, que esta é a principal norma de direito coletivo constante de uma convenção de trabalho, seguida ainda pelo reajuste anual a ser conferido na retribuição. E não por obra do acaso, é objeto de cuidadoso critério na estipulação negocial.

A retribuição não é um número mágico retirado da cartola, nem tampouco é um valor moribundo ou lançado à sorte como um bilhete de loteria, muito pelo contrário, o salário base negociado coletivamente, precisa atender requisitos constitucionais de suficiência e dignidade intimamente ligados à pessoa do trabalhador. Em sentido mais amplo, necessita ser economicamente viável e caminhar em paralelo com as finanças do país e das empresas que abrangem aquela determinada categoria. Sendo assim, única norma de conteúdo obrigacional a vincular o empregador perante o trabalhador.

Sobre a negociação coletiva e especialmente no que tange ao salário, diz a Doutrina Italiana, “*È questa una delle ragioni fondamentali della nascita delle organizzazioni sindacali, la cui funzione originaria è proprio quella di sostenere il lavoratore, con la forza dell'azione collettiva, superando la concorrenza al ribasso fra lavoratori nella determinazione delle condizioni di lavoro (non a caso, alle origini, i contratti collettivi venivano definiti << concordati di tariffa >>, con allusione alla regolamentazione, pressoché esclusiva, delle tariffe salariali).*”<sup>72</sup>

Diz ainda, “*Il fondamentale ruolo dell'autonomia collettiva in materia retributiva à, in taluni settori, espresso per tabulas: l'art 325 del codice della navigazione (come modificato dalla l.n. 649 del 1979) delega infatti esplicitamente alla contrattazione collettiva la determinazione e la regolamentazione della << misura e delle componenti della retribuzione >>, stabilendo quindi una sorta di riserva a favore della fonte negoziale.*”<sup>73</sup>

O salário é a principal vertente que move a relação empregatícia, sendo correto destacar que ao empregador como característica nuclear da relação laboral importa o trabalho prestado pelo

---

<sup>72</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 580.

<sup>73</sup> Idem.

trabalhador e por sua vez ao trabalhador, importa quanto irá receber por aquele trabalho. Ajustados nessa vertente, partem para a negociação de outros aspectos no que tange ao trabalho a ser desenvolvido, tendo esses por sua vez também igual relevância na definição dos parâmetros de retribuição.

A negociação coletiva, impõe critérios limitadores na atuação da jurisdição estatal e no direito de ação do empregado, tendo em vista que funcionam quase como renúncia ou limitador imposto pelo próprio trabalhador, “os direitos fundamentais e os direitos de personalidade do trabalhador podem ser objecto de limites voluntários, ou por contado do próprio trabalhador e o empregador, no próprio contrato de trabalho ou em sede de instrumento de regulamentação colectiva do trabalho.”<sup>74</sup>

Claro, sem deixar de lado a norma Constitucional que impõe modificação das cláusulas negociadas quando divergentes do ordenamento em Portugal.

Desta forma, tendo o empregado delimitado sua retribuição no contrato de trabalho ou seguindo a retribuição os conceitos abrangentes da negociação coletiva, não há nada que ele (empregado) possa reclamar em relação a diferenças.

Especificamente no Direito Brasileiro e no Direito Italiano, é possível ainda que uma mesma categoria profissional receba retribuição diferente desempenhando as mesmas funções, ressalvada a região sócio-econômica, na qual o empregado estiver laborando.

Assim a negociação coletiva dos bancários de São Paulo, que é o Centro Comercial do Brasil, pode pagar um salário base maior, do que aos bancários, ou seja, mesma categoria, lotados numa região não tão influente na economia do país como o Rio Grande do Sul.

Com dito, a posição da Doutrina Italiana não é discrepante, “*Ci si chiede, in sostanza, se la contrattazione collettiva possa stabilire tabelle salariale più basse in talune zone (ad esempio il Meridione), allo scopo di favorire l'occupazione, rendendo più appetibili gli investimenti. Se il problema viene posto nei termini semplificati da ultimo individuati la risposta non può che essere negativa. L'art 36 Cost. contiene infatti un nucleo protettivo che ha carattere di universalità e, nel cui ambito, il luogo in cui si svolge il rapporto di lavoro è indifferente ai fini della determinazione della garanzia dello standard retributivo mínimo*”<sup>75</sup>

Em Portugal também há possibilidade de diferenciação salarial sem constituir discriminação de qualquer natureza, a empregados que exercem a mesma atividade, e portanto, deveriam receber idêntica remuneração, no entanto, estando abrangidos por regiões econômicas diferentes, impossibilita o recebimento de diferenças salariais.

Nesse sentido, foi a conclusão do acórdão nº 287 de 14 de Março de 1989, do Tribunal Constitucional, quando manifestou-se sobre o salário mínimo na Ilha da Madeira, garantido não

---

<sup>74</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais cit.*, fls. 457.

<sup>75</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 585.

ser inconstitucional a diferença salarial em localidade distinta, *in verbis*: “ *I - E de manter a jurisprudência, formulada no acórdão n. 56/84, de que a dilação do n. 2 do artigo 56 da Lei do Tribunal Constitucional, entendida como destinada a apresentação do requerimento de apreciação da constitucionalidade, em fiscalização preventiva, pelo Ministro da República, não fere* *Constituição.*

*II - O facto de a Assembleia Regional ter invocado como norma habilitante do seu poder normativo a alínea b) do artigo 229 da Constituição não confere ao acto produzido a qualidade de regulamento, atendendo ao carácter primário da norma nele contida e a designação de decreto legislativo regional que a mesma Assembleia lhe conferiu.*

*III - Assim, por ser manifestação de competência legislativa, o diploma em causa, ao não referir lei habilitante, não viola o artigo 115, n. 7, da Constituição.*

*IV - A criação de complementos regionais ao salário mínimo nacional não implica que a Assembleia Regional esteja a afastar ou derrogar o salário mínimo nacional estabelecido pelos órgãos de soberania, dessa forma exercendo poderes que excederiam a sua esfera de competência.*

*V - A criação desses complementos e do interesse específico da Região.*

***VI - E não viola o princípio da igualdade por, neste domínio, haver diversidade material de situações entre as Regiões Autônomas e o Continente.***

*VII - Em sede de fiscalização preventiva, o Tribunal Constitucional não pode conhecer de eventual vício de ilegalidade da norma apreciada, pelo que é irrelevante o pedido do Ministro da República nesse sentido. “*

Veja que não há discriminação, e estamos no âmbito da mesma empresa ou país, com trabalho igual que deveria receber salário igual, no entanto o lucro que ela obtém não é o mesmo nas diversas regiões econômicas existentes dentro do próprio país ou no mesmo âmbito empresarial, ainda mais se levarmos em conta o Brasil como exemplo, que tem dimensões continentais.

O empregador está vinculado a tais valores negociados coletivamente, e somente em caso de crassa atuação discriminatória, é que deve ser compelido a reparar tal dano, sob pena de novamente a intervenção estatal influenciar no poder diretivo da empresa.

No citado Acórdão do Tribunal Constitucional, vimos a Justiça, mais uma vez, intervindo nas relações, certo que nesse caso, era dever do Estado, vez que a abrangência estava ligada a coletividade e ao povo Português.

De toda sorte, ainda sobre a fixação do salário base por negociação coletiva e a sua impossibilidade de intervenção do judiciário, salvo em situações de lacuna na lei, desenvolveu o Professor Oronzo Mazzotta, “*Più in generale, secondo l'art 2099 cod. civ., la <<misura >> della retribuzione deve essere determinata, in prima battuta, dalle norme corporative, attribuendosi all'autonomia privata un ruolo solo <<in mancanza>> di queste ultime (v. il secondo comma dell'art 2099). Infine fonte residuale di determinazione (in mancanza cioè delle une e dell'altra) è quella giudiziale.*”<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 581.



Assim, sobre a conclusão do pensamento, somente agindo de maneira residual, o judiciário pode intervir na remuneração paga pela empresa a determinado funcionário.

Fortalecendo a negociação coletiva, como meio de solucionar a ampla margem de subjetividade deixada pelo princípio de salário igual para trabalho igual, a própria convenção coletiva pode trazer os parâmetros pelos quais serão considerados para fins de equiparação salarial.

Trazendo um exemplo que se adéqua ao presente trabalho, os Bancos poderiam firmar em sua convenção coletiva tais parâmetros. Consideremos dois empregados que exerçam a função de Gerente de Relacionamento e tenham sido contratados na mesma data. No entanto, um dos cotejados é empregado oriundo de outra instituição financeira, com expertise no trabalho e que traz consigo uma carteira de clientes. Tal fato acarreta inarredável trabalho de valor diferenciado para esse empregado que traz do mercado maior experiência, não podendo ser alvo de equiparação por outro funcionário, mesmo que esse outro exerça as mesmas funções do anterior citado, não conta com experiência anterior.

Muitas vezes a norma positivada, não alcança as mudanças do setor, suas necessidades e inovações. Assim, com parâmetros de trabalho de valor igual definidos na negociação coletiva, acabaríamos com a desatualização da norma e sua subjetividade.

A aplicação sustentável da norma amplamente debatida nesse trabalho, nos leva a inarredável conclusão, que mesmo nos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro, é possível sem maior desgaste ou necessidade de modificação das leis do ordenamento e apreciando a norma da maneira como ela foi editada originalmente, chegar na mesma conclusão apresentada pela Doutrina Italiana e ainda com a solução apresentada de constar da negociação coletiva os parâmetros a definir trabalho de valor igual.

Ou seja, inúmeras são as regras que o empregador deve obedecer para fixação da retribuição, nesse caso ainda mais a negociação coletiva, tendo em vista o caráter de maior relevo que ela possui no contrato de trabalho, sendo além de ser utilizada para sobrevivência do trabalhador e sua família, também está indexada a conceitos sócio-econômicos e desenvolvimento monetário do país, pelo que, não posso coadunar com a possibilidade do salário mínimo definido em lei e com validade em âmbito nacional ou o salário mínimo definido por negociação coletiva, sejam tão levianos a ponto de não garantir ao trabalhador todos os conceitos positivos que devem estar englobados na remuneração.

Ressalte-se, que o salário é a prestação mais custosa do contrato de trabalho, sendo todas as demais acessórias a esse principal, por ser o que gera maior impacto no empregador, ela não pode ficar ao crivo do judiciário para modificar os valores envolvidos, pois geram enorme impacto no poder diretivo do empregador.

Tendo a retribuição um caráter vinculativo e sendo a principal negociação entre empregado e empregador, da mesma só deve ocorrer modificação por fato extremamente grave, não podendo sob qualquer medida ser majorada.

Num cenário utópico de direito do trabalho, onde exista uma concorrência perfeita entre trabalhadores o salário seria negociado de acordo com a oferta e a procura.

Considerando que o trabalho é um custo variável para a empresa, o aumento nessa carga de despesa não necessariamente vai agregar valor e aumento da produtividade para o negócio.

A teoria marginal de produção, prega que a empresa somente pode adicionar custos móveis em sua produção se de alguma forma lhe forem trazer benefícios financeiros.

Nessa ideologia de concorrência perfeita, as empresas só irão criar novos postos de trabalho, quando o custo marginal alcançar o rendimento marginal, ou seja, havendo uma relação de causa e efeito, com conseqüente melhora nos lucros novas oportunidades de emprego aparecerão. *“Num contexto de concorrência perfeita, a procura do factor trabalho pelas empresas pode ser explicada em termos da teoria da produtividade marginal, segunda a qual uma empresa maximizadora de lucros dará emprego a novos trabalhadores até que o respectivo custo marginal seja igual ao rendimento marginal, ou seja, ao rendimento esperado do última trabalhador admitido.”*<sup>77</sup>

Em sentido contrário, a bolsa de empregos sofre influência direta da desutilidade marginal, oportunidade em que o trabalhador começa a pesar se vale a pena aumentar seus rendimentos e abrir mão de uma série de outras atividades que poderia fazer em sua vida pessoal.

Uma das maiores preocupações do Estado tem sido de conseguir conciliar a vida profissional com a pessoal. Inclusive da Constituição, no artigo 59, nº 1, “b”, comando expresso de que a organização do trabalho deve propiciar o convívio familiar.

Num primeiro momento, o trabalhador sempre opta por perder mais horas na vida profissional e conquistar um status salarial melhor em detrimento da vida pessoal, lado outro, depois que conquista um patamar salarial satisfatório, tende a diminuir a quantidade de trabalho, privilegiando a vida pessoal.

Em mercados de alta potência financeira, a oferta de empregos tende a conferir maior benefícios aos empregados na sua vida particular, vez que eles já tem garantia de conseguir bons salários, seduzindo a massa trabalhadora a possibilidade de uma vida mais livre fora do ambiente laboral.

Tudo isto visa convergir no seu sentido máximo aos empregados que já possuem conferida a remuneração com base na necessidade mínima, prevista em constituição, eventualmente majorada por convenção ou acordo coletivo, não há lógica jurídica no seu alargamento em âmbito tão particular, sendo uma ferramenta de lógica contrária, tornando o desigual em igual, intervindo na situação econômica da empresa, trazendo a jurisdição estatal a legislar sobre a situação daquelas pessoas, e ainda gerando conflitos que não estão compreendidos na ideologia original normativa.

---

<sup>77</sup> ARAÚJO, FERNANDO, *A análise econômica do contrato de trabalho*, cit. Fls., 192

Por todas essas razões que pugno também pela observância do caráter vinculativo das convenções coletivas, tanto no que tange a remuneração mínima da categoria, quanto aos critérios que podem ser ali estabelecidos para trabalho de valor igual.

## **7. SALÁRIO IGUAL PARA TRABALHO IGUAL, REQUISITOS E CONSEQUÊNCIAS**

Definir trabalho igual, e como resultado a obrigação de pagar idêntica remuneração, não é das tarefas mais fáceis, suscitando o confronto existente em termos iniciais, vale transcrever a crítica do Professor Júlio Gomes, *“O princípio da igualdade ou paridade de tratamento retributivo – a trabalho igual salário igual – sempre foi, no seu fundamento e no seu alcance prático, extremamente polêmico.”*<sup>78</sup>

Como já vimos amplamente no presente trabalho, definir o que tem idêntico valor, ou em sentido contrário, o que possui diferentes motivos razoáveis para justificar uma diferença na paga da remuneração, não é conceito pacífico na posição Doutrinal, pelo contrário, a citação acima do Professor Júlio Gomes para iniciar o capítulo, visa retratar bem a posição controvertida que existe na aplicação da lei.

Em continuidade, considera ser difícil definir as situações de paridade salarial que não estão assentes em clara discriminação, chamando ainda de matéria vazia a questão.

Na sua explanação, considerou os ditames do Direito Italiano por comparação, extremamente contratualista como vimos e veremos nesse trabalho, justamente por conferir uma liberdade nas relações entre pessoas privadas.

Como já vimos amplamente nos debates dos capítulos anteriores, a lei deixou uma enorme escala de subjetividade na definição dos parâmetros isonômicos salariais, sendo certo que tal dispositivo

---

<sup>78</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ônus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.313.*

em âmbito geral, tem o escopo de impedir a discriminação e garantir a suficiência retributiva mínima entre trabalhadores.

No Direito Brasileiro, numa tentativa de escapar da subjetividade da norma, definiu-se nos termos do art. 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT = Código do Trabalho), que a equiparação salarial seria devida a funcionários que exercem a mesma função, para o mesmo empregador, na mesma localidade, com diferença menor do que dois anos no exercício da função, desde que ausentes fatores de produtividade e perfeição técnica.

Nada obstante os requisitos da norma, na sua essência, a redação visava minimizar discriminações de sexo, credo, cor e nacionalidade, bem como manter o padrão salarial dos empregados, noções também encontradas no livro Instituições de Direito do Trabalho.<sup>79</sup>

Para melhor compreensão, vale a transcrição do artigo 461 da CLT:

*“Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)*

*§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)*

*§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)*

*§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional. (Incluído pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)*

*§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei nº 5.798, de 31.8.1972)*

---

<sup>79</sup> SÜSSEKIND, ARNALDO / MARANHÃO, DÉLIO / VIANNA, SEGADAS / TEIXEIRA, LIMA, *Instituições de Direito do Trabalho cit.*, fls. 429/430.

Tendo em vista que somente o citado artigo não era suficiente para esclarecer os requisitos que ensejam o pagamento de diferenças na retribuição, o Tribunal Superior do Trabalho, editou ainda a Súmula nº 6, cujos parâmetros no âmbito de aplicação da lei, também não foram suficientes para esclarecer e colocar uma pedra sobre a discussão em torno do tema. Igualmente transcrevo o entendimento esposado no referido verbete do Tribunal Superior do Trabalho:

***“Súmula nº 6 do TST***

***EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015***

*I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000)*

*II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)*

*III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003)*

*IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula nº 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970)*

*V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 - RA 102/1980, DJ 25.09.1980)*

*VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.*

*VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003)*

*VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)*

*IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)*

*X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 - inserida em 13.03.2002)"*

Mesmo com a edição da Súmula 6 do Tribunal Superior do Trabalho, não houve alcance de todas as hipóteses cabíveis para delimitação do tema, havendo ainda decisões conflitantes sem qualquer vinculação ao princípio de igualdade insculpido na norma, gerando amplo campo subjetivo ao judiciário na apreciação do razoável.

São requisitos para configuração da equiparação salarial:

- **Contemporaneidade:** No mesmo âmbito empresarial, os cotejados devem ter trabalhado ao mesmo tempo na mesma função, ou seja, devem em algum momento trabalhar juntos, naufragando o pedido se o cargo não existia ou se não houve trabalho concomitante ao mesmo tempo na função. Sendo relevante destacar que esse requisito é fortemente objetivo, não havendo intervenção ou ampla margem de aplicação pelo crivo do Judiciário.

Nesse sentido, é a posição Doutrinal majoritária, Sérgio Pinto Martins, “*Empregado e paradigma devem ter exercido a mesma função na empresa em algum momento.*”<sup>80</sup>, já segundo a Magistrada Vólia Bomfim Cassar, “*Empregado e modelo devem estar exercendo concomitantemente as mesmas atribuições, ou terem exercido funções idênticas no mesmo período. Não se vislumbra a possibilidade de exigir pagamento de salário igual para o empregado que venha a ocupar função ou cargo vago, não exercido por outra pessoa naquele mesmo momento.*”<sup>81</sup> e por último o Ministro Maurício Godinho Delgado, “*De fato, não se pode falar em discriminação caso não tenham equiparando e paradigma, em qualquer tempo, sequer laborado simultaneamente para o mesmo empregador, na mesma função e na mesma localidade.*”<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> MARTINS, SÉRGIO PINTO, *Comentários às Súmulas do TST*, cit. Fls. 13.

<sup>81</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 936.

<sup>82</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 910.

- **Trabalhar para o mesmo empregador:** um dos requisitos centrais da norma é que ambos os cotejados estejam sob subordinação da mesma empresa. Ainda que os empregados pertençam a mesma categoria de trabalhadores, só haverá êxito em eventual equiparação salarial, aos que trabalhem no âmbito do mesmo empregador. Requisito que também não comporta controvérsia da Doutrina ou Jurisprudência.

Nas lições da Magistrada Vólia Bomfim Cassar, *“Dois empregados só terão direito a receber salário idêntico se, além de preencherem os demais requisitos, também forem empregados do mesmo empregador. Ilação lógica, pois não se compara empregados de empresas diferentes.”*<sup>83</sup>, já para o Ministro Maurício Godinho Delgado, *“Por identidade empresarial entende-se a circunstância de os trabalhadores comparados laborarem para o mesmo empregador.”*<sup>84</sup>.

Ressalva trazida pelo citado Ministro, diz respeito às situações de grupo econômico empresarial, muito utilizados por empresas do ramo financeiro por exemplo. Tendo percorrido em sua obra, pela possibilidade de equiparação salarial entre funcionários de empresas distintas, *“Esse requisito por sua singeleza, é, evidentemente, o menos controvertido entre os quatro existentes. Ainda assim, permite a ocorrência de uma situação relativamente polêmica quanto à sua configuração. Trata-se de situação que envolve o grupo econômico justtrabalhista. Cao se acate a tese de o grupo ensejar solidariedade passiva e ativa (solidariedade dual) entre seus entes integrantes (formando, pois, o chamado empregador único), obviamente que será possível considerar-se a incidência da figura da equiparação envolvendo empregados vinculados a distintas empresas do mesmo grupo. Desse modo, seria viável falar-se em equiparação entre empregados contratados por diferentes empresas do mesmo grupo econômico, desde que presentes os demais requisitos da figura do art. 461 da CLT.”*<sup>85</sup>, ainda que no âmbito do mesmo grupo econômico, posição que peço licença para discordar.

Discordo, tendo em vista que mesmo no grupo econômico, a atividade preponderante de cada empregador é distinta, ainda que nas situações de empregador único, devendo além dos requisitos do art. 461 da CLT, ou seja, referentes a equiparação salarial, deverá o empregado ainda contar com os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, provando o vínculo de emprego com o empregador único.

Outro quesito que é motivo de crítica, são os empregados pertencentes a categorias coletivas distintas, decorrente da atividade preponderante do empregador. Em exemplo, um Banco, uma financeira e uma empresa de comércio que fizerem parte do mesmo grupo econômico, não podem ter entre seus empregados deferida equiparação de retribuição, tendo em vista que a coexistência de três diferentes convenções coletivas de trabalho, quais sejam, a convenção coletiva dos empregados do comércio, a convenção coletiva dos empregados do ramo financeiro e a convenção coletiva dos empregados em estabelecimentos bancários, pelo que, o deferimento de

---

<sup>83</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 936.

<sup>84</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 909.

<sup>85</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 909.

diferenças salarial nessas condições, afronta uma série de outros princípios formadores do Direito do Trabalho e de normas as quais a empresa está obrigada a cumprir.

Se a empresa está obrigada a conferir salário base na forma da convenção do comércio, pagar horas extras, bônus, gratificações natalinas entre outros benefícios com base na convenção do comércio, porque motivo só o salário deve ser pago na forma da convenção dos empregados em estabelecimento bancário? Ora a resposta já clarificada na situação acima, não há compatibilidade entre as normas e via de consequência, não há sustentáculo técnico para deferimento de equiparação salarial, mesmo que no âmbito do mesmo grupo econômico.

- **Na mesma localidade:** o conceito de localidade ficou demasiadamente subjetivo com a edição original do artigo, e mesmo com o comando da Súmula 6 do TST, não colocou uma pá de cal na discussão. Segundo a Súmula 6, inciso X, mesma localidade seriam Municípios distintos, no entanto, ao passo que ele faz uma distinção apresenta uma exceção, qual seja, de municípios pertencentes à mesma região metropolitana.

Municípios distintos em exemplo seriam Rio de Janeiro, Niterói, Duque de Caxias, Nova Iguaçu, entre outros. Para esclarecer comparativamente a organização em Portugal, seria o mesmo que comparar os diversos Concelhos existentes dentro de Lisboa Distrital, ou seja, Lisboa, Amadora, Cascais, Sintra, entre outros.

Seria um requisito objetivo não fossem diferenças existentes dentro do mesmo Município, ou ainda que em Municípios distintos, fossem considerados dentro da mesma região metropolitana.

A crítica a esse requisito paira no seguinte sentido, uma agência bancária do centro comercial (bairro/freguesia) do Rio de Janeiro (município/concelho), não pode ser considerada “mesma localidade”, que uma agência bancária localizada no Andaraí (bairro/freguesia), ainda que dentro do Rio de Janeiro, ou seja mesmo município/concelho, pois, o porte e o movimento das agências são incomparáveis. Andaraí é uma freguesia dormitório, às pessoas moram no Andaraí, mas trabalham no centro, assim como a maioria das pessoas que estão nos Municípios/Concelhos, vizinhos, que residem nesses bairros/freguesias, mas trabalham no Centro do Rio de Janeiro, que é o principal polo econômico da cidade e do Estado (Distrito). Assim, ainda que as agências cotejadas tenham o mesmo porte, fato é que o Centro do Rio de Janeiro, irá invariavelmente apresentar volume de negócios muito maior e consequente maior movimentação de pessoas, do que uma agência de um bairro/freguesia, que tem pouco movimento, vez que as pessoas que lá residem saem cedo de suas casas, quando o banco sequer abriu, para trabalhar e só retornam quando o banco já está fechado, ou seja, não utilizam aqueles estabelecimentos bancários.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> O horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários no Estado/Distrito do Rio de Janeiro, é de 10hrs às 16hrs, sendo a jornada de trabalho definida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 8hrs diárias e 44hrs semanais, ocorrendo em maior volume entre 08/09hrs até 17/18hrs. Tendo em vista a jornada de trabalho descrita, com início às 08/09 e término às 17/18hrs, não há possibilidade de utilizar agências bancárias cujo funcionamento é de 10hrs às 16hrs.



No citado exemplo, temos pessoas que moram dentro do mesmo Município, no entanto, a diferença das regiões econômicas é latente, e impede que os comparados possam ter um trabalho de valor igual.

Desta forma, o conceito de “mesma localidade”, já passa a ser desmitificado pelo exemplo acima. Sendo importante registrar que mesma região metropolitana, é uma área composta por Municípios Vizinhos, cuja densidade demográfica é muito grande e portanto são considerados pertencentes ao mesmo grupamento econômico, opinião que discordo como delimitado acima.

Vejamos o entendimento da Jurisprudência nesse sentido: *“apesar de Niterói fazer parte da região metropolitana do Rio de Janeiro, o que, em tese, considerar-se-ia mesma localidade, para os fins do art. 461, da CLT, certo é que o paradigma também laborou em Cabo Frio, atraindo a incidência do item X, da Súmula n. 06, do C. TST”*.<sup>87</sup>

Apesar de ter laborado em Município distinto, no caso, Niterói e Rio de Janeiro, verificamos que o Desembargador considerou como sendo Niterói pertencente a mesma região metropolitana do Rio de Janeiro, hipótese que não se pode considerar, pois, trata-se de um dos Municípios que envia mais trabalhadores para o Rio de Janeiro, todos os dias.

Continuando no mesmo raciocínio, chega a ser aviltante comparar os Municípios e considerar que fazem parte de uma mesma região econômica. Analisando apenas um quesito dos números do IBGE, no caso, a população do Rio de Janeiro e Niterói, vemos que o Rio conta com 6.498.837<sup>88</sup>, pessoas, enquanto que o cotejado possui 497.883<sup>89</sup>, pessoas. Valendo destacar que grande parte das pessoas que moram em Niterói trabalham no Rio de Janeiro, o que impede como sobrejamente demonstrado que os Municípios possam ser comparáveis.

Importante destacar ainda, que a conclusão do Acórdão, somente considerou descabida a equiparação salarial, pelo fato do modelo ter ainda laborado em outra localidade, qual seja, Cabo Frio.

Decisões pela tese de que não se pode comparar o trabalho em Niterói e no Rio de Janeiro, também existem e abrem margem ao caráter subjetivo da norma, cuja interpretação não é sustentável, abre amplamente a intervenção do judiciário no âmbito particular da empresa, vejamos: *“O recurso não impugna o fato reconhecido em sentença de que o paradigma laborava na região do sul do Estado, enquanto o reclamante atuou em Niterói. (...)”*

*Isso porque se entende que os municípios da mesma região metropolitana possuam idênticas condições sócio-econômicas, o que exige isonomia salarial.*

---

<sup>87</sup> Desembargadora Relatora Maria Aparecida Coutinho Magalhães, Processo nº 0010128-62.2013.5.01.0037, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro, 8ª Turma.

<sup>88</sup>Fonte, IBGE: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=330455&search=rio-de-janeiro|rio-de-janeiro|infograficos:-informacoes-completas> População estimada: 6.498.837; Área de Unidade Territorial: 1.200,179

<sup>89</sup>Fonte, IBGE: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=330330&search=rio-de-janeiro|niteroi> População estimada: 497.883; Área de Unidade Territorial: 133,919

*Entretanto, não cabe elastecer o conceito para atingir municípios localizados em regiões totalmente diferentes, ainda que no mesmo Estado, como no caso dos autos.”<sup>90</sup>*

Mais do que provada a incogruência das decisões. Mormente quando os Municípios comparados possuem uma diferença de porte inegavelmente diferente, sendo o Rio de Janeiro, muito superior. Assim, o quesito localidade, gera enorme contradição na aplicação da norma.

**- Lapso Temporal:** O período de tempo que pode ser utilizado para comparação entre dois empregados que pretendem diferenças salariais decorrentes do tópico em questão, deve ser menor do que 2 (dois) anos na função. Ou seja, se o EMP1, foi contratado em Abril de 2010, para desempenhar a função de mecânico, e posteriormente promovido a função de mecânico chefe em Abril de 2014, sendo que na comparação com o EMP2, contratado em Abril de 2015, para a função de mecânico chefe, considerando que o EMP1, tem um salário maior do que EMP2, são devidas diferenças salariais ao EMP2, contratado 5 (cinco) anos após ao ingresso do EMP1, vez que na função de mecânico ambos os cotejados possuem lapso temporal menor do que 2 (dois) anos.

A crítica a esse requisito, fica no fato de que não se pode comparar um empregado com 5 (cinco) anos de empresa, com outro recém contratado. Por óbvio o empregado mais antigo possui maior expertise no trabalho, já tem incorporada a filosofia da empresa, coisa que o recém integrante ainda levará tempo até se equadrar, dando inclusive ser auxiliado pelo mais antigo no desenvolvimento de suas funções. Pelo que, resta desmistificado mais um requisito desigual, utilizado para gerar “igualdade”, entre funcionários.

Da leitura do referido artigo 461, parágrafo 2º da CLT, não há essa distinção entre “tempo de trabalho no empregador” ou “tempo de trabalho na função”, tendo o legislador originário utilizado o termo “tempo no serviço”. Ora, tempo no serviço pode ser interpretado como tempo ao serviço do empregador, e como no exemplo acima, o EMP1, contratado 5 (cinco) anos antes do EMP2, já teria sido extinto o lapso de 2 (dois) anos, inviabilizando a equiparação salarial.

No entanto, por uma decisão da Jurisprudência, ou seja, sem força de lei, ficou definido que o requisito lapso temporal seria contabilizado em relação ao tempo de trabalho na função, como no exemplo citado a função “mecânico chefe”, que deve ser utilizada para contagem do período de 2 (anos) e não a data da contratação do empregado, ainda que em função distinta, tenha maior tempo de trabalho ao mesmo empregador, caberia ao EMP2, o pedido de diferenças salariais.

Noção trazida pela posição Doutrinal do Professor Sérgio Pinto Martins, *“A equiparação salarial é fundamentada em igualdade de trabalho na função e não no emprego. O empregado pode ter vários anos de casa, mas para ter direito ao mesmo salário do paradigma deve ter trabalhado na mesma função. Não interessa, portanto, o tempo do empregado no emprego, mas na função.”*<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Desembargadora Relatora Maria Helena Motta, Processo nº 0010128-62.2013.5.01.0037, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro, 8ª Turma.

<sup>91</sup> MARTINS, SÉRGIO PINTO, *Comentários às Súmulas do TST, cit. Fls. 12.*

Com idêntico entendimento nos brindam os Doutrinadores Vólia Bomfim Cassar, “*A diferença de tempo de serviço conta-se na função e não no cargo ou no emprego.*”<sup>92</sup> e Maurício Godinho Delgado, “*No tocante à diferença de tempo de serviço não superior a dois anos (art. 461, §1º, in fine, CLT), já pacificou a jurisprudência que tal parâmetro temporal conta-se na função e não exatamente no emprego (antigo Enunciado 135; Súmula 6, II, TST).*”<sup>93</sup>

**- Produtividade e perfeição técnica:** Mais um requisito de extrema sensibilidade na definição da igualdade para fins de equiparação salarial, sendo o mais subjetivo na comparação entre os demais. Pois o crivo do judiciário, que fica a determinar a diferença na produção ou perfeição técnica para desempenho do trabalho.

Conforme a Magistrada Vólia Bomfim Cassar, “*Modelo e equiparando necessitam exercer idênticas atribuições e desenvolvê-las com a mesma produtividade e perfeição técnica. Entende-se como produtividade a quantidade de trabalho produzido por hora, dia ou mês. Como perfeição técnica a forma com que foi realizado o trabalho, pois um apressado pode produzir mais peças, só que defeituosas, pois confeccionadas sem o capricho que mereciam.*”<sup>94</sup>

Já nas lições do Desembargador Maurício Godinho Delgado, quando trata da perfeição técnica, define como muito difícil e subjetiva a demonstração na prática desse requisito, abrindo um amplo leque de diferentes motivações nas decisões judiciais “*Não obstante essa dificuldade, é evidente que a demonstração de maior qualificação técnico-profissional do paradigma (cursos, estágios, significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, etc.) é conduta que favorecerá, significativamente, à tese da diferenciação na qualidade do trabalho prestado. É que, normalmente, a maior qualificação, titulação e prestígio do profissional comparado agrega consistência, reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa*”<sup>95</sup>

Especificamente no que tange a produtividade, estabeleceu o Desembargador, que trata-se de critério eminentemente quantitativo, vejamos: “*É bem verdade que não se confundem as noções de produtividade e de produção. Esta última refere-se a um valor absoluto, traduzindo o montante de trabalho efetuado pelo obreiro. Já a produtividade diz respeito a valor relativo – valor derivado de uma relação -, traduzindo o índice de intensidade laborativa do trabalhador em certo tempo delimitado.*”<sup>96</sup>

Imagine-se na indústria têxtil, que o EMP1 consegue produzir 5 (cinco) camisas por dia e o EMP2 produz 6 (seis) camisas por dia, ganhando salário maior do que o EMP1. Na comparação entre eles, seguindo a linha Doutrinal e Jurisprudencial, a irrisória diferença produtiva de apenas

<sup>92</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 941.

<sup>93</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 913.

<sup>94</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 942.

<sup>95</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 912.

<sup>96</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 912.

uma camisa, é irrelevante para constituir uma diferença na produtividade, sendo certo que, para caracterizar uma diferenciação produtiva robusta, deve-se ter em mente uma produção diária de 3 (três), para cima, cabendo ao EMP1, diferenças salariais em relação ao EMP2, que possui uma retribuição maior. No entanto, mesmo com a diferença de apenas 1 (um) item na produção, alguns Juízes podem considerar presente o requisito “produtividade” e indeferir às diferenças salariais, deixando assim uma margem ampla a Jurisdição Estatal na intervenção da empresa, e impedindo que a norma alance contornos objetivos e de segurança jurídica.

No quesito perfeição técnica, podemos utilizar o nível de escolaridade entre os cotejados, que é desprezado em caso de idêntica produtividade. Ou seja, se o EMP1, cujo nível é baicharel em moda, produz 5 (cinco) camisas por dia, e na comparação com o EMP2, que é Pós-Graduado em moda, e produz as mesmas 5 (cinco), camisas por dia, ganhando mais do que o EMP1, poderá o EMP1, respeitados os demais requisitos acima descritos (trabalhar para o mesmo empregador, nas mesmas funções, com diferença não superior a dois anos), pleitear o mesmo salário do EMP2, ainda que este último tenha se preparado melhor para a função. Restando latente crítica no implemento desta norma ao caso concreto, pois, não há uma objetividade e segurança jurídica na sua aplicação.

**- Quadro de carreira organizado pelo empregador:** Um dos requisitos que o legislador trouxe para definir parâmetros de equiparação salarial, foi o quadro de carreira organizado pelo empregador aos empregados.

Tal tabuleta, possui a finalidade de definir as hipóteses em que haverá progressão salarial dentro da empresa, sendo que o §3º do art. 461 da CLT, dita um complemento ao critério de alterações por antiguidade e merecimento, determinando que sejam feitos alternativamente, uma promoção por antiguidade e uma outra seguinte por merecimento, alternando-se sucessivamente ao longo do tempo, entendimento também fundamentado pela Orientação Jurisprudencial nº 418<sup>97</sup> do Tribunal Superior do Trabalho.

Teoricamente, essa seria a salvação para uma empresa que sofre com problemas e disparates salariais, vez que a partir da adequação da sua política de cargos e salários, estabelecida através de critérios próprios em âmbito privado, nenhuma interferência externa sensibilizaria essa tipo de acordo. No entanto, a objetividade dessa norma não é tão específica assim.

Criou-se na doutrina e na jurisprudência, a discussão sobre a necessidade de homologação pelo Ministério do Trabalho, e essa é a primeira crítica do trabalho, eis que a lei não determinou essa obrigatoriedade, sendo tal comando inserido pela Súmula 6, I do Colendo Tribunal Superior do

---

<sup>97</sup> OJ-SDI1-418 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. APROVAÇÃO POR INSTRUMENTO COLETIVO. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. (DEJT divulgado em 12, 13 e 16.04.2012) Não constitui óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, previsto no art. 461, § 2º, da CLT.

Trabalho, com objetivo de evitar excessos do empregador nas exigências para promover seus empregados. Um alerta importante, não há qualquer obrigatoriedade que, transcendendo o direito potestativo do empregador, o obrigue a dar promoções aos empregados por merecimento ou antiguidade, sendo esse comando de um suposto abuso de poder pela empresa, caso o quadro de carreira não seja homologado pelo Ministério do Trabalho, discutível ante a inexistência de lei que obrigue o empregador no incremento salarial.

Não sendo homologado pelo Ministério do Trabalho, o quadro organizado de carreira organizado para os empregados, perde a validade e sujeita o empregador ao cumprimento das regras descritas acima (lapso temporal, identidade de função, localidade, produtividade e perfeição técnica), repita-se, tornando o plano de cargos e salários letra morta, definições trazidas pela Magistrada Vólia Bomfim Cassar, *“Apenas os planos de cargos e salários que contenham previsão de promoções alterandas ora por merecimento ora por antiguidade (questões que devem ser analisadas dentro de cada cargo ou carreira) e que tenham sido homologados pelo órgão competente, elidem o direito à equiparação salarial”*,<sup>98</sup> o Desembargador Maurício Godinho Delgado, leciona, *“Há críticas ao entendimento jurisprudencial de que o quadro de carreira (de empresas estatais e de entes privados) deva merecer imprescindível homologação administrativa do Ministério do Trabalho. De fato, não se justifica semelhante excesso de burocratização e de intervencionismo meramente administrativo. O fundamental, sob o ponto de vista do contraponto à equiparação (art. 461, §§2º e 3º da CLT), é que o quadro de carreira estabeleça efetivos mecanismos impressoais de promoções alternadas por merecimento e antiguidade.”*<sup>99</sup>

**- Empregado que exerce função readaptada:** Último requisito do art. 461 da CLT, é o parágrafo 4º, que impede a equiparação salarial nos casos do funcionário utilizado como paradigma ser reabilitado pelo ente previdenciário.

Aqui a natureza da norma, prima pela possibilidade do trabalhador readaptado funcionalmente, possa se integrar a sociedade e dar continuidade ao seu labor nas mesmas condições financeiras anteriormente estabelecidas, ainda que realizando função de menor hierarquia na empresa, ou na mesma função, tiver limitações produtivas.

Esse requisito é pacífico na Doutrina e Jurisprudência, não havendo como comparar um empregado reabilitado com outros em pleno gozo de saúde, que recebam salário maior ou menor.

Diz a Doutrinadora Vólia Bomfim Cassar, *“No caso de readaptação, o rebaixamento é permitido, mas esse trabalhador tem a garantia de seu salário-base. Por isso, um empregado não pode utilizar como modelo esse trabalhador para garantir uma equiparação salarial.”*<sup>100</sup>

Para o Desembargador Maurício Godinho Delgado, *“Efetivamente, qualquer programa de reaproveitamento e readaptação de trabalhador com deficiência física ou mental superveniente*

---

<sup>98</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 942.

<sup>99</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 914.

<sup>100</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 944.

*estaria comprometido caso o obreiro deslocado de função (em geral removido para função mais simples) passasse a se tornar parâmetro para equiparações salariais, ao chegar em sua nova função. Nesse contexto, em virtude do fato impeditivo absorvido pela CLT, o trabalhador readaptado, embora recebendo maior salário do que os colegas ocupantes da nova função, não pode ser tomado como paradigma.*”<sup>101</sup>

Nesse quesito, a norma atinge sua finalidade de ser objetiva.

Já no Direito Português, seguindo a ampla posição Doutrinal, os requisitos para deferimento das diferenças salariais por equiparação, são subjetivamente os descritos no art. 59, nº1, alínea a) da CRP, colocando nos ombros do judiciário a responsabilidade por decidir sobre questões não igualitárias.

Nas lições do Professor Júlio Gomes, temos como requisitos para definição da isonomia retributiva, *“A Constituição ao estabelecer no seu artigo 59º, que se deve observar o princípio de que a trabalho igual, salário igual, não proscree ou impede as diferenças retributivas. Tais diferenças são legítimas e podem ser praticadas pelo empregador desde que justificadas por razões conexas com a diferente qualidade, quantidade e natureza do trabalho prestado. Não se desemboca assim numa concepção opressiva da igualdade, sendo inteiramente válidas as diferenças relacionadas com o mérito.*”<sup>102</sup>

Com rigorosa dificuldade, definir os critérios díspares em matéria retributiva é um grande desafio, ante a subjetividade da norma já destacada.

Sobre o tema, leciona o Professor Catedrático Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *“Efectivamente, naturalmente que não existe discriminação em função do sexo, se a diferenciação retributiva tiver por fundamentado um critério objectivo de natureza diferente, sendo por exemplo admitidas distinções em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores.*”<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit. Fls. 914.

<sup>102</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ónus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho* cit., fls.317.

<sup>103</sup> LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 175.

Já o também Professor Catedrático Pedro Romano Martinez, aduz que *“Na sequência do disposto no art. 59º, nº1 alínea a) da CRP, a igualdade retributiva, em determinadas situações concretas, tem suscitado algumas dúvidas. Nada obsta a que se estabeleçam diferenças salariais em função da categoria e, dentro da mesma categoria, podem distinguir-se trabalhadores a quem são conferidos determinados subsídios, prémios ou outros complementos salariais. Assim, não viola o princípios da igualdade a empresa que remunerar diferentemente trabalhadores da mesma categoria, atendendo à antiguidade ou produtividade e mesmo à habilitação e experiência.”*<sup>104</sup>

Seguindo as lições do Magistrado do Ministério Público Paulo Morgado de Carvalho, *“O princípio de igual tratamento, para além das consagrações constitucionais, a nível salarial e sexual, corresponde a uma proibição genérica de prática discriminatória, não sendo, por isso lícito ao empregador conferir estatutos jurídicos diferenciados ou simplesmente um tratamento laboral desigual aos vários trabalhadores sem um motivo justificativo, que pode relacionar-se com a atividade empresarial.”*<sup>105</sup>

O Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, leciona *“A Constituição [art. 59, I, a)] afirma o princípio de que „para trabalho igual salário igual., o que supõe que as mesmas quantidades e qualidade de trabalho da mesma natureza têm de ser retribuídas da mesma maneira, não devendo haver qualquer discriminação retributiva entre trabalhadores que não resulte da sua categoria profissional, tarefas executadas, rendimento e qualidade de execução, e outros aspectos atendíveis e objectivamente justificados.”*<sup>106</sup>

Da leitura dos ensinamentos esposados acima, não nos decorre nenhuma regra de natureza objetiva, que defina requisitos para que o trabalhador possa cobrar perante o Judiciário Trabalhista, diferenças salariais a partir da noção de trabalho e salário igual.

---

<sup>104</sup> MARTINES, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, cit. Fls. 377/378.

<sup>105</sup> CARVALHO, PAULO MORGADO DE, *Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, volume III, cit., fls. 115/116.

<sup>106</sup> XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., fls. 574.

Assim, tal norma principiológica, gera um campo de abrangência muito subjetivo, podendo haver diferenças salariais entre trabalhadores, desde que o empregador possa demonstrar através de critérios justificadamente relevantes tais diferenças.

O que nos restaria a analisar, seriam quais os critérios são considerados relevantes, de maneira a justificar uma diferença salarial.

Nesse sentido, a posição Doutrinal tem vindo a caracterizar o princípio do salário igual para trabalho igual, como um princípio vazio e de pouca aplicabilidade prática, deixando ao crivo da subjetividade a análise efetiva do caso concreto.

O Professor Julio Gomes, tratando do campo de abrangência da norma, faz a seguinte exposição, *“O artigo 263º do Código do Trabalho consagra, na esteira do artigo 59º, nº1 al. A), da CRP, o princípio da igualdade de tratamento salarial. A verdade, no entanto, é que tal princípio tem uma aplicação prática muito escassa, ao ponto de não ser, porventura, exagerado, considerá-lo um princípio moribundo.”*<sup>107</sup>

De conseguinte, podemos mais uma vez citar o Magistrado do Ministério Público Paulo Morgado de Carvalho, *“A aplicação destas normas e a sua subsunção à realidade diária dos trabalhadores e das empresas suscita muitas dificuldades práticas, principalmente, quando, como se referiu, as condutas nem sempre se apresentam transparentes, mas antes de uma forma dissimulada.”*<sup>108</sup>

A partir desse relevante conceito, a reflexão sobre a aplicação prática da norma, nos leva a análise das situações que são ou não consideradas discriminatórias, conforme termo constante dos artigos 23º ao 32º do Código do Trabalho, e de maneira mais específica ao tema igualdade o artigo 270º do Código do Trabalho.

---

<sup>107</sup> GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho, Volume 1, cit., fls.783.*

<sup>108</sup> CARVALHO, PAULO MORGADO DE, *Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, volume III, cit., fls. 117.*



Como igualdade, é de especial relevo um conceito que visa de maneira pacífica gerar uma situação de bem estar social, colocar todos os cotejados no mesmo patamar hierárquico e entregar em idênticas partes o direito tutelado. No entanto, tal princípio admite distorções, justamente para proporcional a igual entrega da tutela aos que de alguma maneira foram segregados e que somente através da aplicação da igualdade formal, não conseguiriam se igualar aos demais.

A par disso, é que a igualdade plena acaba falecendo, pois nem todos são capazes de exercer o direito de igualdade.

Caminhando em paralelo, a não discriminação vem a ser um mecanismo de dar efetividade ao princípio da igualdade, mas também com a missão de reprimir distorções que não são alcançadas pelo princípio isonômico.

Diferenciados igualdade e não discriminação, como já vimos em linhas ao norte da presente Dissertação, cabe delimitar, o conceito que visa equiparar um salário a outro está contido no art. 59/1 a) da CRP, e seguindo a linha de diversos doutrinadores, possui duas vertentes mais evidentes em sua aplicação.

Tendo o legislador pensando nessa regra como forma de assegurar dois preceitos diretamente ligados ao salário, sendo a subsistência do trabalhador e o conceito de igualdade entre eles.

Pede-se vênia para transcrever a definição defendida pelo Professor António Monteiro Fernandes, *“Afirmam-se, assim, dois princípios respeitantes ao salário: o da equidade e o da suficiência.”*<sup>109</sup>

No que tange ao conceito da suficiência, descrevo conforme orientação do sítio, léxico: dicionário de português online (<http://www.lexico.pt/suficiencia/>):

### ***“Significado de Suficiência***

*n.f.*

- 1. Característica daquilo que é suficiente; qualidade que baste;***
- 2. Competência mental ou intelectual;***
- 3. Jeito, talento ou tendência natural;***

---

<sup>109</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit.*, fls.387.

4. *Designação de pedantismo ou altivez.*  
(*Etm. do latim: sufficientia*)”

Marcada a definição nº 1, do rol acima, quanto à suficiência, podemos dizer também que ela é uma medida que deve ser observada em conjunto com o princípio da retribuição mínima, sendo um dever de todos, buscar a retribuição que visa garantir o simples necessário para subsistência ou seja, quantidade que baste.

Em continuidade, definiu ainda o citado Professor, “já se assinalou a relatividade das suas projecções no ordenamento jurídico português.” (...) “é necessário reconhecer-lhe um alcance preceptivo muito reduzido, (...)”<sup>110</sup>, sendo mais uma crítica a aplicabilidade.

São normas de carácter programático, não sendo-lhe cobrado a sua aplicabilidade imediata, nem mesmo sua eficiência plena, mas que lado outro, devem ser observadas e colocadas em prática na medida do possível por todos os responsáveis na sua administração.

Aqui compreendidas as responsabilidades do Estado, em auditar e medir esse coeficiente na economia, e dos empregadores em fazer cumprir essa regra do mínimo necessário no âmbito de seus domínios.

Já em relação ao princípio da igualdade, que somando-se ao dever de pagamento da retribuição mínima, conferem corpo ao instituto da retribuição igualitária, podemos fazer as seguintes considerações.

Trata-se de normativo específico que visa garantir igualdade entre os trabalhadores no âmbito do mesmo empregador.

Não há grande controvérsia quanto aos preceitos básicos que regem o instituto, sendo de maior relevância o juízo de valor que é empregado para caracterizar a igualdade entre os cotejados, já que da redação do dispositivo temos que (art. 59ª/2 a) da CRP): “a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; “

Da simples leitura do artigo, verificamos que salário e trabalho igual se desdobram em uma série de outros requisitos tais como “quantidade”, “natureza” e “qualidade”.

Importante voltar no tempo da nossa redação e ressaltar as últimas palavras ditas pelo dispositivo, “de forma a garantir uma existência condigna;”, que ao meu ver está diretamente ligada ao princípio da retribuição mínima.

Ainda sob às lições do Doutrinador António Monteiro Fernandes, seguimos com a definição desses preceitos aos quais a lei nos impõe observância na avaliação, “O sentido geral do princípio é este: uma idêntica remuneração deve ser correspondida a dois trabalhadores que, na mesma organização (ou seja, sob as ordens de uma mesma entidade empregadores) ocupem

---

<sup>110</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit., fls.387/388.*

*postos de trabalho <<iguais>>, isto é, desempenhem tarefas qualitativamente coincidentes, em idêntica quantidade (duração). Por outras palavras: salário igual em paridade funções, o que implica, simultaneamente, identidade de natureza da actividade e igualdade do tempo de trabalho. Assim, a retribuição aparece directamente conexcionada à posição funcional do trabalhador na organização: o modo por que ele se insere na concreta articulação de meios através da qual a empresa funcione confere-lhe um certo posicionamento relativo na escala de salários. A uma dada organização de trabalho corresponde uma definida <<organização de salários>>.”<sup>111</sup>*

Do ponto de vista deste trabalho de pesquisa, os requisitos descritos na constituição, “quantidade”, “natureza” e “qualidade”, correspondem à análise de que no campo da *quantidade*, não só a duração da jornada de trabalho deve estar atrelada ao requisito, mas também a quantidade na produção do trabalho. Da *natureza*, entendo que devemos observar a essência do trabalho e o contrato originário, atrelado ao empregador primário ou sucessivo, bem como às obrigações que naturalmente (originariamente) foram contratadas. Por último, a *qualidade* assemelha-se à perfeição técnica, e podemos considerar a formação educacional, cursos, especializações e o zelo com o trabalho como medidas a serem verificadas no campo equiparatório.

Não foi diferente a conclusão do Acórdão ora citado de lavra do Ilustre Relator Jerónimo Freitas, onde considerou como ilegal o pedido de idêntica retribuição entre funcionários de uma empresa de serviços médicos, cuja decisão foi publicada em 11/07/2013, no processo de nº 697/12.9TTLSB.L1-4, vejamos “*I.A aplicação do princípio para trabalho igual salário igual, consagrado nos artigos 59.º n.º 1, al. a), da CRP, 263.º do CT/03 e 270.º do CT/09, pressupõe que sejam tidas em conta “a quantidade, natureza e qualidade do trabalho”, significando tal que é admitida a atribuição de salários diferentes a trabalhadores da mesma categoria, desde que exista diferença da prestação em razão de um ou mais daqueles factores.*

*II.O facto de um trabalhador estar mal qualificado, extravasando as funções que exerce as previstas para a categoria de chefe de serviço, não constitui fundamento para que os demais trabalhadores que têm atribuída essa mesma categoria, como é o caso do A., passem a auferir a retribuição atribuída àquele.*

*III.Haverá uma errada qualificação profissional de um trabalhador, mas tal não significa que haja qualquer violação do princípio “trabalho igual salário igual” em relação aos outros trabalhadores que tenham atribuída a mesma categoria, tanto mais que, pelo menos no caso do A., nem este põe em causa a correcção da sua qualificação profissional como chefe de serviços.”*

Vejamos na evolução da conclusão do Acórdão, que a Turma Julgadora, analisou os preceitos de igualdade geral, contida no art. 13º da CRP, igualdade salarial prevista também na Constituição Portuguesa no art. 59, I, a, bem como os artigos que tratam das discriminações no Código do Trabalho, notadamente entre o 23º e o 32º do referido diploma legal, *in verbis*:

---

<sup>111</sup> FERNANDES, ANTONIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho cit., fls.388/389.*

*“Justamente por isso, não se vê como neste quadro possa ter sido violado o princípio constitucional consagrado no art.º 59.º n.º 1 al. a) da CRP, e consequentemente, pelas razões que indicámos, dos aludidos artigos 263.º do CT 03 e 270.º do CT 09.*

*E, salvo o devido respeito, muito menos se vislumbra como possam ter sido violados o n.ºs 2, do art.º 23.º e o n.º2, do art.º 28.º do CT 03.*

*O n.º2, do art.º 23.º do CT de 2003, ao dizer “Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior”, reporta-se expressamente aos casos em que possa haver discriminação “directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical».*

*Este artigo é regulamentado pelo art.º 32.º do Regulamento do Código do Trabalho [Lei n.º35/2004, de 29 de Julho], definindo conceitos ali empregues, nos termos seguintes:*

*[1] Constituem factores de discriminação, além dos previstos no n.º1 do art. 23.º do Código do Trabalho, nomeadamente, o território de origem, língua, raça, instrução, situação económica, origem ou condição social.*

*[2] Considera-se:*

*a) Discriminação directa, sempre que, em razão de um dos factores indicados no referido preceito legal, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável;*

*b) Discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar pessoas que se incluam num dos factores característicos indicados no referido preceito legal numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários;*

*c) Trabalho igual, aquele em que as funções desempenhadas ao mesmo empregador são iguais ou objectivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade;*

*d) Trabalho de valor igual, aquele que corresponde a um conjunto de funções, prestadas ao mesmo empregador, consideradas equivalentes atendendo, nomeadamente, às qualificações ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efectuado’.*

*Ora, da posição assumida pelo A. não resulta minimamente que funde o seu pedido em comportamento da R. baseado em qualquer um daqueles factores, sendo certo que se assim fosse, sobre ele recaia o ónus de alegar e provar factos para a fundamentar (n.º3, do mesmo artigo).”*

Conforme analisamos acima, os requisitos de trabalho de valor igual, notadamente os de quantidade, qualidade e natureza, também restaram ausentes, tanto pelo crivo do Juízo Singular, quanto pela decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

*“«(...) os factos provados são claramente insuficientes para se poder dar como assente que o trabalho prestado pelo autor é igual ou objectivamente semelhante, no seu todo, ao do trabalhador BB relativamente ao qual se considera discriminado, só isto afastando a reclamada paridade retributiva.*

*Ao invés, apurou-se que em Junho de 2006 o autor era responsável pelo serviço de pessoal da secção regional do sul e do conselho nacional executivo da ré e BB desempenhava funções de coordenador nacional do parque e sistema informático e de responsável pelo sector informático da secção regional sul da ré (pontos 2º, 3º, 4º, 10º e 11º dos factos provados), pelo que a matéria de facto apurada até indicia que o trabalho produzido por estes dois trabalhadores se diferencia em termos de qualidade (responsabilização, exigência, complexidade, técnica e conhecimentos).*

*Donde se conclui que os factos provados são manifestamente insuficientes para se concluir que o trabalho prestado pelo autor é igual ou objectivamente semelhante em natureza, qualidade e quantidade ao trabalho prestado por BB.*

*E são também insuficientes para se poder afirmar que o trabalho de um e de outro é de valor igual, no sentido de corresponder a um conjunto de funções, consideradas equivalentes, atendendo, nomeadamente, às qualificações ou experiências exigidas, às responsabilidades atribuídas e ao esforço físico e psíquico.*

*Em suma, a matéria de facto disponível não contém factos concretos que permitam estabelecer comparação entre a actividade desenvolvida pelo autor e BB, ao serviço da ré, por forma a suportar um juízo sobre a igualdade do trabalho prestado e do respectivo valor, não bastando para tal a prova de que ambos detinham a categoria de chefe de serviços.*

*E porque o ónus da alegação e prova destes factos competia ao autor, improcede o pedido de retribuição igual formulado na acção».”*

E concluiu o Tribunal:

*“Concluindo, em face dos princípios enunciados não vimos que exista fundamento para o recorrente pretender que estando na R. a retribuição definida por referência à categoria profissional, não possa haver na mesma categoria retribuições de base distintas.*

*Acresce, ainda, que tão pouco se provou, desde logo porque nem foi fundamento invocado pelo A., que as funções exercidas por ele e pelo trabalhador BB ao serviço da R. são equivalentes, atendendo à quantidade, natureza e qualidade de cada uma delas.”*

Necessário ressaltar que a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa foi correta, e atendeu aos ditames do art. 204 da CRP, o qual preconiza que os Tribunais não podem aviltar a interpretação das normas e princípios Constitucionais em suas decisões.

A habilidade na argumentação da Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, funciona sempre como uma luz aos nossos estudos, *“Naturalmente, este princípio não impede diferenças remuneratórias entre os trabalhadores mas apenas um tratamento remuneratório discriminatório. Por outras palavras, apenas estão aqui contempladas as situações em que, perante um trabalho igual ou de valor igual, a retribuição seja diferente sem uma causa de justificação objectiva.”*<sup>112</sup>

Na mesma esteira de raciocínio, ou seja, de que é necessária a existência de algum tipo discriminatório para se chegar à conclusão da concessão de idêntica retribuição em lide equiparatória, decidiu o Tribunal Constitucional quando da Fundamentação do Acórdão nº 13/2017, de Relatoria da Conselheira Maria Clara Sottomayor, publicado em 18/01/2017, *“6. Analisada a presente reclamação, verifica-se, porém, que as razões agora aduzidas pela reclamante para fundar a sua discordância quanto à decisão reclamada não infirmam as conclusões nela alcançadas, antes as confirmam.*

*Com efeito, muito embora seja expressa a intenção de não se visar a reapreciação da decisão recorrida, em si mesma, certo é que a discordância da reclamante se mantém quanto à definição do regime normativo aplicável – o regime do contrato individual de trabalho (Decreto-Lei n.º 49408, de 25.11.1969, Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de setembro e Código do Trabalho de 2003) ou o regime de direito público – contestando-se a subsunção da situação dos autos ao regime jurídico aplicado pelo Supremo Tribunal de Justiça.*

*A argumentação agora expendida pela reclamante prende-se novamente com a invocação de circunstâncias concretas da sua situação laboral, por comparação com a situação de outros trabalhadores, que determinariam a alegada violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) e do princípio «a trabalho igual, salário igual» (artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da CRP), circunstâncias que o Supremo Tribunal de Justiça não deu como comprovadas: «(...) no caso vertente não é possível concluir que este princípio foi violado desde logo porque, relativamente às demais trabalhadoras com a qual Autora se compara, a factualidade apurada não permite concluir pela existência de uma eventual discriminação por se desconhecer se as mesmas também transitaram da DGAC para o INAC ou se foram já admitidas neste último ao abrigo de um contrato de trabalho e ainda, no primeiro caso, se optaram pelo contrato de trabalho ou mantiveram o vínculo à função pública.»*

*Decorre com clareza, quer do teor do requerimento de interposição do recurso, quer da reclamação, que a pretensa questão de constitucionalidade normativa reporta-se apenas à decisão judicial recorrida, dirigindo-se ao modo como o Supremo Tribunal de Justiça procedeu à determinação do regime jurídico aplicável à situação dos autos. E, se o que está em causa nos presentes autos é a determinação do regime legal aplicável ao caso (de que resultaria, segundo*

---

<sup>112</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais cit.*, fls. 680.

*as ora reclamantes a invocada violação do princípio da igualdade), tal não consubstancia um objeto normativo idóneo à apreciação deste Tribunal.”*

Ora, a decisão embasa certos requisitos não encontrados pela trabalhadora que busca a isonomia, deixando claro que nem mesmo a invocação do princípio geral de igualdade, na forma do art. 13º da Constituição da República Portuguesa, cumulado com o princípio específico de igualdade remuneratória do Art. 59, nº1, a) da CRP, socorreram a tese esposada pela obreira.

Até mesmo porque a igualdade total não conseguiu sequer ser implementada nos estados socialistas, e também não proveram grande avanço os países que adotaram esse meio de governo.

Em sendo o capitalismo ferramenta de desenvolvimento que prevaleceu no âmbito internacional, a estimulação de desigualdades fomentada por este regime é condição de avanço da sociedade e dada a liberdade, característica também fundamental da economia, vejo como enorme interferência no poder diretivo do empregador e no crescimento do estado como um todo, a imposição de pagamento das diferenças remuneratórias ao empregador, sem base em conceitos discriminatórios diretos ou indiretos.

A visão do empregador ao valor do salário é como um mero custo na produção, enquanto ao empregado ele caracteriza com maior amplitude uma condição necessária de dignidade e subsistência.

O mínimo de livre arbítrio se faz necessário para que as relações entre as pessoas possa evoluir.

Mais uma vez suscitamos o princípio diretivo do empregador e da sua autonomia e responsabilidade pelo sucesso do negócio, situação também relatada pelos Ilustres Professores Rui Medeiros e Jorge Miranda, *“Em qualquer caso, como reconhece o Tribunal Constitucional em abundante jurisprudência, além de não se poder ignorar o princípio da autonomia privada nas relações de trabalho entre empregadores privados e trabalhadores, o legislador ordinário dispõe de uma margem de liberdade de conformação não despicienda na concreta conformação do direito de retribuição.”*<sup>113</sup>

Nesse sentir, o professor J.J. Gomes Canotilho, *“o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”*<sup>114</sup>

A Doutrina Italiana, considera mesmo na definição da retribuição mínima, a soberania privada, no entanto, considero essa ferramenta demasiadamente abstrata na utilização do ordenamento Português ou Brasileiro, uma vez que a negociação coletiva gera uma verdadeira condição de igualdade entre as partes, mais vale a pena transcrever as lições italianas, como forma de ratificar a possibilidade de coexistência da dignidade do trabalhador e liberdade na gestão empresarial, *“Una prima questione cruciale riguarda la determinazione della giusta retribuzione nell'ambito del contratto individuale di lavoro. È ben noto e pacifico che - alla stregua della disciplina civilistica - l'autonomia privata è in linea di massima libera di dare un determinato assetto al*

<sup>113</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit.*, fls. 1150.

<sup>114</sup> CANOTILHO J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, fls. 428.

*contratto, individuandone tutti gli elementi relativi. Anche nel contratto di lavoro, quindi, allo scopo di definire il salario del lavoratore, si dovrebbe, in astratto, lasciare libero campo alla determinazione delle parti individuali.*”<sup>115</sup>

Perfeito o pensamento e ainda considerando que o princípio da igualdade admite posição discriminatória em sua aplicação, como verificamos na análise em linhas ao norte dessa dissertação, existe uma enorme necessidade de se preservar o arbítrio e as relações liberais entre as pessoas, principalmente no âmbito privado.

O Professor J.J. Gomes Canotilho, ainda continua e nos brinda com o magistral exemplo quando trata da igualdade justa com uma dose criteriosa de valoração: *“Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um <<fundamento razoável>> implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração.*”<sup>116</sup>

Nesse campo que a crítica do trabalho surge, vez que estabelecer uma diferenciação jurídica sem razoável fundamentação, tem conferido enorme poder aos Tribunais para decidir sobre processos relacionadas à equiparação salarial, com aplicação desmedida do razoável, demasiadamente avançada na justiça social esbarrando no direito de liberdade da contratação entre entes privados.

Como já vimos, não destoamos da possibilidade de aplicação da norma em comento nas relações privadas, no entanto, há que se respeitar ao máximo esse tipo de estipulação entre empregado e empregador.

Pela diferenciação, também entenderam os Professores Rui Medeiros e Jorge Miranda, *“A Constituição não veda, naturalmente, diferenciações. A própria alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º, como se confirmará de seguida, ao consagrar “o princípio de que para trabalho igual salário igual”, reconhece a legitimidade de diferenciações em matéria de retribuição do trabalho, designadamente em função da sua natureza e qualidade.*”<sup>117</sup>

Por óbvio que o trabalhador é a parte mais fraca da relação, transformando-se em igualdade meramente formal, a existente entre este e seu empregador. No entanto, ainda que a igualdade no tratamento dessa relação fora dos olhos do Estado, confira uma diferença histórica desfavorável ao trabalhador, sob o manto da justiça é o trabalhador quem possui as maiores garantias e meios de proteção.

O uso exacerbado desses meios de proteção é que esbarra no arbítrio empresarial, no poder direito do empregador e no princípio constitucional de liberdade, bem como na liberdade de gestão empresarial, lições também trazidas pelo Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, *“É*

---

<sup>115</sup> MAZZOTTA, ORONZO, *Diritto Del Lavoro cit.*, fls. 580.

<sup>116</sup> CANOTILHO J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, fls. 428.

<sup>117</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit.*, fls. 1148.



*claro que este princípio de igualdade tem de ser articulado com a própria autonomia contratual e liberdade de empresa (que se referem também a princípios constitucionais)”<sup>118</sup>*

Em análise, o Tribunal Constitucional na Decisão Sumária de Constitucionalidade nº202/07, nos autos em que verificou a existência de desigualdade no pagamento da Retribuição entre Peritos, com maior ou menor antiguidade, prendeu-se a decisão Constitucional apenas na citada questão temporal, sem analisar se o momento da economia do País, quando da contratação de um e outros era o mesmo, ou seja, se o País estava mal economicamente quando contratou os primeiros Peritos, npor óbvio não lhes podia garantir boa retribuição, sendo certo que em estando a economia boa quando da contratação dos peritos posteriores, a condição de melhor remuneração é até mesmo uma forma de garantir atratividade dos melhores profissionais do mercado.

Dando sequência ao raciocínio, o requisito quantido na parte final do dispositivo, qual seja, “de forma a garantir uma existência condigna”, também não foi analisado e já foi objeto de exemplo no presente trabalho de Dissertação. O fato de haver diferença salarial, não quer dizer que haja violação ao princípio da suficiência ou existência digna, aqui preconizado.

Nestes termos, vale a transcrição da citada decisão de Relatoria do Conselheiro Rui Pereira, nosautos do Processo 408/2007, publicada em Lisboa no dia 02/05/2007, vejamos: “

### **Relatório**

*1. Nos presentes autos de fiscalização concreta da constitucionalidade, em que figuram como recorrente o Ministério Público e como recorrido A., o Supremo Tribunal Administrativo proferiu Acórdão, datado de 23 de Janeiro de 2007, na sequência de recurso por oposição de julgados interposto pelo ora recorrido.*

*No Acórdão de 23 de Janeiro de 2007 (ao qual foram apostas duas declarações de voto), o Supremo Tribunal Administrativo concedeu provimento ao recurso e julgou inconstitucionais, por violação do artigo 59º, nº 1, alínea a), da Constituição, enquanto corolário do princípio da igualdade consagrado no seu artigo 13º, as normas constantes dos artigos 69º, 67º e 45º do Decreto-Lei nº 557/99, de 17 de Dezembro, na interpretação segundo a qual os funcionários com a mesma antiguidade na mesma categoria de origem - perito tributário de 2ª classe -, mas com maior antiguidade no cargo de chefia tributária - adjunto de chefe de repartição de finanças de nível 1- auferem remuneração inferior àqueles que têm menor antiguidade no cargo de chefia e que foram nele investidos após a entrada em vigor do mesmo diploma.*

*Esta decisão segue a orientação do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Maio de 2006, na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 105/2006 (cfr. D.R., II Série, de 23 de Março de 2006 e [www.tribconstitucional.pt](http://www.tribconstitucional.pt).*

*2. O Ministério Público interpôs recurso (obrigatório) de constitucionalidade, ao abrigo do disposto nos artigos 280º, nºs 1, alínea a), e 3, da Constituição e 70º, nº 1, alínea a), e 72º, nº 3,*

---

<sup>118</sup> XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Manual de Direito do Trabalho cit., fls. 574/575.*

*da Lei do Tribunal Constitucional, para apreciação dos artigos 69º, 67º e 45º do Decreto-Lei no 557/99, de 17 de Dezembro, na interpretação julgada inconstitucional pelo tribunal a quo.*

*Cumpra agora apreciar e decidir.*

## **II**

### **Fundamentação**

*3. Tal como se referiu, o Tribunal Constitucional já apreciou a questão de constitucionalidade que constitui objecto do presente recurso. Com efeito, no Acórdão 105/2006, este Tribunal decidiu julgar inconstitucionais as normas em crise, embora com dois votos de vencido referentes à questão de saber se as normas julgadas inconstitucionais haviam constituído ratio decidendi da decisão a quo.*

*No citado aresto, o Tribunal Constitucional sustentou que a alínea a) do nº 1 do artigo 59º da Constituição, ao consagrar o princípio segundo o qual a trabalho igual corresponde salário igual, elege como factores de diferenciação remuneratória, numa perspectiva de igualdade material, a quantidade, a natureza e a qualidade do trabalho. Trata-se de um corolário, em matéria de direitos dos trabalhadores, do princípio da igualdade, genericamente consagrado no artigo 13º da Constituição.*

*Não suscitando o presente recurso qualquer questão nova que deva conduzir a um julgamento diferente, remete-se para os fundamentos do Acórdão no 105/2006), concluindo-se pela inconstitucionalidade da interpretação normativa impugnada.*

## **III**

### **Decisão**

*4. Em face do exposto, decide-se confirmar o juízo de inconstitucionalidade constante da decisão recorrida.“*

Quando a empresa, ou até mesmo a administração pública como no caso acima, contrata um determinado patamar remuneratório ao empregado, é o que ela pode pagar dentro de um ideal orçamentário e sendo o salário a principal obrigação da empresa perante seus empregados, e sendo somente a empresa a responsável em suportar todo o ônus decorrente dos valores contratados, não pode o Estado intervir naquela relação sem que haja qualquer indício de que o salário não atinge o mínimo constitucional, não atinge o mínimo negociado coletivamente pela categoria, não atinge qualquer indício de discriminação e impor ao orçamento da empresa patamar mais elevado, ao meu ver, beneficiando ilicitamente o empregado.

Necessário afirmar ainda sobre o arbítrio e os direitos de liberdade, trecho do Acórdão do Tribunal Constitucional, 39/88: “ <<O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe diferenças de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevante. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas como são as indicadas exemplificativamente no nº 2 do artigo 13º.”

O Tribunal Constitucional no Acórdão 231/94, não destoa, “*a prevalência da igualdade como valor supremo do ordenamento tem de ser caso a caso compaginada com a liberdade que assiste ao legislador de ponderar os diversos interesses em jogo e diferenciar o seu tratamento no caso de entender que tal se justifica*”

Remonta ao que foi dito, no que tange a proibições do esbulho deste ideal de igualdade somente quando o valor desigual for latente e discriminatório, em conclusão, permitindo as desigualdades.

Ainda a mais Alta Corte Constitucional Decidiu no Acórdão 306/03, “*assegurar, por relevantes razões sociais e económicas, uma uniformização mínima do tratamento dos trabalhadores da mesma profissão ou de profissão análoga e/ou do mesmo âmbito sectorial e profissional*”.

O Direito do trabalho visto como um direito social de segunda geração, possui também duas vertentes de sociabilidade. De um lado o empregado, que possui seus direitos sociais atrelados à dignificação da pessoa humana, status na sociedade, direito social familiar e direito social de subsistência. Por outro a empresa também tem direito a sua função social, função social de gerar empregos, de pagar impostos, de desenvolvimento local e da economia.

Tais ideais devem coexistir e caminhar na mesma direção, mas sobretudo, devem ser objetivos de maneira a possibilitar essa existência condigna, protegendo os direitos dos trabalhadores e a autonomia empresarial.

O direito Francês, também foi objeto de estudo e apresentou o conceito de igualdade salarial, para além de critérios de discriminação direta ou indireta, “*Cette égalité va plus loin que la seule prohibition des discriminations selon un attribut de la personne ou selon l'exercice d'un droit fondamental. Ce n'est pas de prohibition de l'usage de certains de certains critères qu'il s'agit. Un traitement égal est imposé y compris entre deux personnes, même sexe, de même origine, de même religion, de même syndicat, etc.*

*Le principe d'égalité de traitement n'est nullement un commandement qui ordonnerait de donner à chaque salarié les exacts mêmes avantages. Le principe <<à travail égal, salaire égal>> a immédiatement été compris comme un principe permettant des rémunérations différentes pour des salariés placés dans des situations différentes.*”<sup>119</sup>

No entanto, o elenco de situações capazes de definir objetivamente o campo de aplicabilidade da norma, deixou a desejar, colocando no judiciário a responsabilidade por definir os critérios para deliberação do que seria uma diferença razoável “*Des variations de salaire diverses sont autorisés en fonction de l'ancienneté des salariés, de leur rendement, de la qualité du travail fourni, et de tout autre élément permettant de montrer que le travail exécuté par tel est d'une valeur supérieure à celui exécuté par tel autre.*

*La démarche est la suivante. Le salarié doit tout d'abord montrer l'existence d'une différence de traitement. Il incombe alors à l'employeur de justifier cette différence, en apportant la preuve de <<raisons objectives et matériellement vérifiables >> (Sox. 21 juin 2005\*; adde Soc. 28*

---

<sup>119</sup> DOCKÈS, EMMANUEL, *Droit du travail*, cit. Fls., 159.

*septembre 2004\*). Le juge évalue ensuite non seulement la réalité des motifs invoqués, mais aussi (et surtout) leur objectivité et leur pertinence”<sup>120</sup>*

O direito laboral Britânico, também manifestou que existe dificuldade no julgamento das demandas que tem por base pagamento de salário igual para trabalho igual, e mesmo com a atualização da lei interna, estão longe de alcançar uma aplicação satisfatória desse princípio, "While EC law has undeniably revitalizes the domestic law on equal pay, the current position is far from satisfactory. The relevant principles and procedures are extremely complex and time-consuming (one well-known case involving a group of NHS speech therapists took 14 years to resolve),"<sup>121</sup>

Por todo o exposto no capítulo, a Justiça ainda concentra de maneira esmagadora os valores que são implementados para trabalho igual, salário igual, sendo a única capaz de desmistificar os critérios de utilização do princípio. Tal motivação não atende os anseios das leis, que são diminuir conflitos e gerar segurança jurídica.

## **8. SUCESSÃO DE EMPRESAS**

A edição da Directiva 2001.23.CE, vai de encontro ao presente trabalho. Viu-se, que por se reunirem em comunidade, os Europeu necessitavam de regulamentar as transferências de titularidade das empresas, nomeadamente no tocante aos direitos dos respectivos trabalhadores.

Muito oportunamente, visando regularizar os direitos de empregados que migram entre essas empresas, a Diretiva vem a resguardar os contratos assinalados originalmente, mas de outro ponto, obrigando às empresas a cumprirem os termos daquela contratação que receberam por imposição da mudança de sua estrutura societária, vemos nascer uma relação jurídica nova.

Tal relação jurídica é devidamente regulamentada e assim como gera obrigações específicas para os empregadores que sucedem, não pode onerar além os empregadores atuais com outros mecanismos do sistema laboral, somando-se uma série de obrigações umas nas outras de maneira infundável e de impossível alcance da harmonia jus-laborativa.

Necessário para esclarecimento a transcrição do artigo que regula o direito dos trabalhadores nesses casos:

*“Artigo 3.o*

---

<sup>120</sup> DOCKÈS, EMMANUEL, *Droit du travail, cit. Fls.*, 159.

<sup>121</sup> SMITH, IAN / BAKER AARON, Smith e Wood's Employment Law, cit. fls., 375.

*1. Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário.*

*Os Estados-Membros podem prever que, após a data da transferência, o cedente e o cessionário sejam solidariamente responsáveis pelas obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes antes da data da transferência.*

*3. Após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data da rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva.”*

O artigo em questão, trata basicamente da manutenção do contrato de trabalho do empregado, independente da estrutura societária da empresa. Sendo a principal premissa de resguardar os direitos trabalhistas desses funcionários quando da fusão, cessão ou aquisição entre pessoas jurídicas públicas ou privadas.

Essa garantia é importante para que os trabalhadores tenham a tranquilidade de saber que independente dos rumos que a empresa venha a tomar economicamente para seu futuro, os contratos de trabalho e o direito adquirido não serão esbulhados.

Especial atenção chama a 2ª parte do número 1, do artigo citado acima, a qual reza que: “Os Estados-Membros podem prever que, após a data da transferência, o cedente e o cessionário sejam solidariamente responsáveis pelas obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes antes da data da transferência.”, que além de resguardar as cláusulas contidas no contrato de trabalho original, ainda alarga as possibilidades do empregado cobrar eventual montante tanto do “novo” empregador, quanto do “antigo”, em flagrante responsabilidade solidária empresarial.

Trazendo um breve conceito do direito brasileiro, considera-se a responsabilidade solidária entre antigo e novo empregador, nos termos da regra geral prevista no art. 265 do Código Civil Brasileiro, eis que não há regra específica sobre esse tópico na esfera trabalhista, utilizando-se o direito comum como fonte supletiva.

A regra do artigo 265 do Código Civil<sup>122</sup>, dita que a responsabilidade solidária, só existe quando decorrente de lei que defina especificamente que determinada situação é passível de ampliar a

---

<sup>122</sup> Art. 265 do Código Civil. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

responsabilização dos envolvidos ou mediante a vontade das partes, como na regra citada pela Directiva, onde os Estados Membros podem determinar tal tipo de responsabilização.

Outra hipótese a ser registrada, diz respeito aos casos de fraude aos direitos trabalhistas, ou seja, quando duas ou mais empresas se confundem na titularidade do contrato de trabalho, ou deturpam as atividades fim do trabalhador de maneira a impedir que se de seu correto enquadramento sindical, também ocorre à responsabilidade solidária.

Mesma responsabilização ocorre quando o funcionário trabalhar para a empresa sucedida e posteriormente der continuidade na sua força laboral em proveito da empresa cessionária, ou seja, laborar para as duas empresas, ainda que em períodos distintos, ambas são solidariamente responsáveis por eventuais diferenças a serem cobradas na justiça decorrente daquele trabalho.

Também nos contratos de trespasse, onde o empregado mesmo não tendo trabalhado para a empresa que sucedeu uma anterior no seu local de trabalho, utilizou seu maquinário, mas não os empregados, há relação solidária entre as empresas, mesmo a nova empresa não tendo se utilizado da força de trabalho daquele determinado trabalhador. Exemplo mais claro dessa hipótese, são os postos de combustível, onde o terreno, as bombas de combustível e reservatórios, pela natureza da atividade, naturalmente são reutilizados por sucessivos postos de gasolina. Ou seja, o funcionário que trabalhou em favor do “posto repsol”, cujo contrato de trabalho iniciou e findou exclusivamente em favor da citada bandeira Repsol. Caso esse Posto Repsol seja vendido para um posto Shell, e passe a operar no local a mesma atividade fim, posto de combustível, o ex-empregado da Repsol, pode cobrar da Shell, eventuais direitos trabalhistas existentes, pois o posto Shell se utilizou de bens adquiridos originalmente pelo Posto Repsol, sendo sucessor também na atividade fim, aproveitou seu ponto comercial, sua clientela e portanto é responsável solidário pelos direitos trabalhistas dos ex-empregados do Posto Repsol. A única ressalva ao conceito acima, é que o alienante se obrigado pelo período de um ano, pelas dívidas não contabilizadas.

Esse é também o entendimento da Magistrada Vólia Bomdim Cassar, “*Os débitos não são bens que integram o estabelecimento, são ônus que gravam o patrimônio do empresário (salvo para a teoria que defende que as dívidas trabalhistas se assemelham às obrigações propter REM ou às de ônus reais). Com o advento do novo Código (art. 1.146), o adquirente do estabelecimento sucede o alienante nas obrigações regularmente contabilizadas. Todavia, há que se ressaltar que o alienante continua solidariamente obrigado por um ano a contar da publicação do trespasse no caso de obrigações vencidas, ou a contar do vencimento no caso das dívidas vincendas.*”<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> CASSAR, VOLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho cit. Fls., 422.*

Vistas as hipóteses de responsabilização brasileiras, verificamos que a maior garantia estabelecida pela Directiva 2001.23 CE de 12/03/2001, é ainda a manutenção daquele posto de trabalho, que poderia ter sido extinto com a cessão das empresas, mas que a lei resguardou por meio de uma obrigação engessada destinada ao novo empregador.

São normas de natureza benéfica que não admitem interpretação ainda mais alargada do que a já enorme garantia conferida.

Por nascer de plano uma obrigação para a empresa cessionária, não é lícito falar em acúmulo de obrigações, no caso, de aumentar os salários no confronto entre empregados da empresa anterior que deixou de existir e da nova empresa que já detinha seus próprios empregados, quer sejam os salários de uns ou das outras maiores ou menores.

Sabe-se, que o valor do salário é determinado entre outros motivos pela lei de oferta e procura, bem como de acordo com a situação econômica da empresa e das necessidades de mercado.

Pelo que o princípio do salário igual trabalho igual, aplicado indiscriminadamente gera flagrante conflito com as normas liberalistas do capitalismo, regime financeiro no qual a maioria dos países escolheu para regência, sendo ainda conflitante com o princípio da liberdade e autonomia positivado na Constituição.

Assim, conjugando tudo o quanto visto acima, o salário igual para trabalho de valor igual, deve ser afastado nesse caso por se referir ao que a posição Doutrinal configurou como diferença baseada em “outros critérios atendíveis e objetivamente justificados.”, sendo uma diferença poderosa o fato do modelo vindo de outra empresa estar blindado, no cotejo com os empregados da empresa adquirente.

Considerando, ainda, que a paridade salarial é filha de duas mães, sendo a igualdade e a suficiência financeira a ser proporcionada por meio da retribuição.

Especificamente no que tange a suficiência financeira, maior prova de que a retribuição mínima está atrelada a possibilidade de pagamento, indicadores da economia e necessidade de subsistência é a edição do Decreto Lei 69/87.

O artigo 9º, do Decreto Lei 69/87, prevê ainda que os valores de retribuição mínima devem ser revistos anualmente e registra a necessidade de adequar aos critérios de rendimentos, preços e desenvolvimento econômico, visando ainda uniformizar os valores e reduzir diferenças sociais.

Como última revisão, o Decreto Lei nº 254-A/2015, de 31 de dezembro, corrobora a necessidade de atualização da retribuição mínima e sua observância a necessidade dos trabalhadores aliada a questões primordialmente econômicas, vejamos:

*“O Programa do XXI Governo Constitucional estipula, na dimensão que visa «Aumentar o rendimento disponível das famílias para relançar a economia», que a recuperação económica com forte estímulo ao emprego não pode prescindir de estímulos para a recuperação do rendimento das famílias. Tal constitui, nas atuais condições da economia portuguesa, uma alavanca de curto prazo para a melhoria dos índices da atividade económica e, em consequência, para mais e melhores oportunidades no mercado de trabalho.”*

Nitidamente, a abrangência que o legislador emprestou ao garantir idêntica retribuição a trabalho igual ou de valor igual, tem direta ligação ao salário mínimo dos trabalhadores.

Essa constatação é ainda mais latente quando da análise das leis que fixam a remuneração das classes empregadas, expõe uma série de fatores ligados ao desenvolvimento social do país, economia e subsistência do trabalhador.

Seguindo a linha de que a empresa adquirente, deve respeitar as negociações coletivas e os direitos já adquiridos em negociação pelos empregados absorvidos. A Lei Civil Alemã, na sec. 613<sup>a</sup> do Bürgerliches Gesetzbuch (ou BGB), induz esse mesmo pensamento:

*“The parties to a transfer of business need to be aware that, according to sec. 613a para. 1 BGB, any rights and duties arising from a collective bargaining agreement or works agreement usually become part of the employment contract between an employee and the buyer.”<sup>124</sup>*

Assim, claro está que a norma de natureza obrigacional mínima, quando uma empresa é vendida, está nos direitos conquistados perante as convenções coletivas.

Essa crítica também está presente nas lições do Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, “É claro que este princípio de igualdade tem de ser articulado com a própria autonomia contratual e liberdade de empresa (que se referem também a princípios constitucionais) e por isso não poderemos considerar como violadoras da Constituição certas formas retributivas que escapam aos critérios acima definidos (p. ex., retribuições em função da antiguidade ou que contemplam situações pessoais, às vezes com alcance social apreciável). Os salários podem também variar pelo facto de serem aplicáveis na empresa diversas convenções colectivas, nos termos do princípio da filiação, pelo qual as convenções só são aplicáveis aos trabalhadores filiados nos

---

<sup>124</sup> KIRCHNER, JENS / KREMP, PASCAL R. / MAGOTSCH, MICHAEL, *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, cit., fls., 15.



*sindicatos outorgantes. Por vezes, os tribunais têm afirmado mesmo nestes casos o princípio da igualdade, quanto a nós erradamente.*”<sup>125</sup>

Com maior amplitude, a passagem acima denota que o Professor reconhece a existência de requisitos baseados na realidade funcionais pessoal entre os cotejados, culminando com o fato dos tribunais por vezes, tendo em vista a subjetividade da norma, acabam por apresentar julgamentos equivocados.

De conseguinte, conclui como em outras citações vistas em nosso trabalho, mas que merecem ser frisadas, que o escopo principal da norma é coibir discriminações ilícitas, que deve ser respeitada a relação empresarial com o funcionário, eis que trata-se de um contrato privado, e que o princípio geral de igualdade, admite distorções, vejamos: *“Entendemos que o que sobretudo interessa na norma constitucional é o princípio que dela decorre, no sentido de serem proibidas discriminações ilícitas, isto é, as que sejam fundadas na <<idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas>> (art. 59º, I da Const.). Deverão ainda chamar-se à colação os arts. 23º e 24º do CT. O art. 24º, 2, c), refere-se expressamente ao princípio de igualdade no que se refere à retribuição.*”<sup>126</sup>

Trazendo a discussão para o Direito Brasileiro, temos a acrescer que não vigora uma ordem objetiva também quanto a esse entendimento.

Seguindo expressa e literalmente o que rezam os arts. 10 e 448 da CLT<sup>127</sup>, qualquer modificação na propriedade ou na estrutura societária e jurídica da empresa, não pode acarretar alteração em prejuízo aos empregados, devendo-se manter os contratos de trabalho de forma integral.

Tais normativos, visam garantir aos empregados que migram entre empresas quando da sucessão de empregadores, os direitos inerentes ao contrato de trabalho firmado na admissão, bem como das modificações que este vier a sofrer ao longo do tempo.

A norma principiológica, entende que os ativos financeiros, estabelecimento, meios de produção, e etc... Do antigo empregador são os garantidores dos contratos de trabalho. E por conta disso, a aquisição desses ativos pela nova empresa, gera ao adquirente a obrigação por zelar pelos contratos de trabalho sucedidos.

Seguindo essa linha de raciocínio, ainda que óbvio, imperioso registrar, que a modificação como descrito em lei, ocorre na estrutura da empresa, e não na estrutura dos contratos de trabalho a qual

---

<sup>125</sup> XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Manual de Direito do Trabalho, cit., fls., 574/575.*

<sup>126</sup> XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Manual de Direito do Trabalho, cit., fls., 574/575.*

<sup>127</sup> Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

se obrigou. Ou seja, qualquer alteração na organização empresarial não pode nem deve acarretar alteração do pactuado com os trabalhadores.

Nesse ponto, os diversos meios de produção da ex-empresa, incluindo-se o trabalho propriamente dito de seus funcionários na busca pelo desenvolvimento econômico, passam a ser responsabilidade do sucessor.

Esses contratos de sucessão, conhecidos como trespasse, concedem ao adquirente vantagem patrimonial, por agregarem a nova empresa, toda a organização produtiva da empresa anterior.

Assim, a nova empresa se torna responsável pelos empregados da empresa anterior, na medida em que a garantia de pagamento dos contratos dos trabalhadores assumidos pela empresa sucedida passa a ser titulada pela sucessora.

Há entendimento inclusive, que os empregados dispensados antes mesmo da sucessão, podem cobrar da empresa sucessora eventual diferença que julgar devida.

Os direitos trabalhistas vistos como uma grande bexiga de ar a ser inflada, de modo que todo o ar que entra não pode mais sair, cria via de consequência, uma situação em toda vez que o titular dessa bexiga passar a tutela da mesma para outra pessoa, este novo adquirente será responsável por cuidar dela da mesma maneira como a encontrou.

Logo, o funcionário do Banco A, que possui o cargo de caixa e recebe como retribuição mensal o valor de R\$ 1.500,00, quando da aquisição do Banco A, pelo Banco B, o novo titular daquele contrato de trabalho que passa a ser o Banco B, deve manter intangível o valor de R\$ 1.500,00, de salário. Somente vindo a sofrer alterações em prejuízo ou de maneira favorável no valor do salário, seguindo os instrumentos de negociação coletiva.

A obrigação pela manutenção dos contratos de trabalho pelo Banco sucessor é obrigação constante da Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho nº 261, *in verbis*:

*“OJ-SDII-261 BANCOS. SUCESSÃO TRABALHISTA (inserida em 27.09.2002) As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.”*

Tal conclusão gera um conflito entre a norma insculpida no art. 10, 448 da CLT e na Orientação Jurisprudencial 267 do Tribunal Superior do Trabalho, com o que dita o art. 461 da CLT<sup>128</sup>.

Veja, que o citado artigo não faz qualquer distinção entre a origem dos empregados, sendo certo que como já estudamos no capítulo anterior, o tempo de trabalho no serviço, previsto no

---

<sup>128</sup> Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

parágrafo segundo é considerado como tempo na função específica e não em relação ao cômputo total de trabalho para o mesmo empregador.

Essa regra gera distorções enormes no julgamento dos processos.

Vejamos a fundamentação do Acórdão de Lavra da Ilustre Desembargadora Relatora Maria Aparecida C. Guimarães, da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, no julgamento do Processo nº 0160100-90.2009.5.01.0023, cuja conclusão do Acórdão afastou a pretendida equiparação salarial, tendo em vista que os cotejados tinham origem em Bancos distintos, sendo certo que o Autor da ação, foi contratado pelo Banco Santander, e o modelo indicado cujo salário era maior, havia sido contratado pelo Banco Meridional:

### **“DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

*O autor disse que foi admitido, em 21.08.06, como coordenador de atendimento. Alegou que trabalhava junto com o sr. Altair Bonato, este com igual função, na mesma localidade, com perfeição em termos de igualdade e quantidade.*

*Porém, os salários eram diferentes. Requereu equiparação salarial ou enquadramento ou desvio funcional.*

*O réu apontou fatos impeditivos ao direito do autor, do que resulta a atração do ônus de prova para si. Enfatizou que o paradigma era funcionário de carreira, com mais de vinte anos de Casa.*

*A MM. Juíza entendeu que a prova oral evidenciara igualdade nas funções, revezandose o autor e paradigma entre si. Deferiu a equiparação salarial.*

*Entendo de modo diverso. Verifico, à folha 199, que o modelo ingressou no Banco em 01.07.1984, no antigo Banco Meridional, fato confirmado pela testemunha no depoimento de folha 343. E, ao assumir, já era coordenador de atendimento, função/cargo ocupado pelo autor na admissão, em 2006. Prevalece o esclarecimento do réu para a diferenciação de salários.*

*Acrescentese que, nesse aspecto, afastase do depoimento da testemunha indicada pelo autor, até porque ela, na verdade, não soube dar as informações corretas, senão vejamos: “que acredita que o período de tempo entre o reclamante e o modelo na função sejam os mesmos pois o modelo foi para agência de Icarai com a promoção do cargo de coordenador de operações e o reclamante iniciou na agência na mesma função; que o modelo sr. Altair Bonato já trabalhava no banco a muito tempo, inclusive como caixa.” (linhas finais do depoimento de folha 342).*

*A testemunha arrolada pelo réu soube explicar que: “que na época o depoente era caixa e o reclamante coordenador de operações; que a função passou a chamarse de coordenador de atendimento.*

*A equiparação salarial exige igualdade no desempenho da atividade, igualdade que deve ser quantitativa e qualitativa, igual volume de trabalho e perfeição na execução, respectivamente. Requer ainda simultaneidade, mesma empresa e localidade. O primeiro parágrafo do artigo 461 da CLT estabelece que a equiparação se verifica quando o tempo de serviço não for superior a dois anos. É o tempo na função que importa e não no emprego.*

*Examinados os documentos e os depoimentos, tem-se que o modelo já entrou no Banco, em 1984, como coordenador de atendimento, função que o autor só veio ocupar em 2006 quando foi admitido. Conclui-se que a diferença salarial diz respeito às vantagens adquiridas pelo paradigma ao longo do curso laboral.*

*Dou provimento, para excluir da condenação as diferenças salariais resultantes da equiparação salarial anteriormente acolhida.”*

O Acórdão, caminha na mesma direção que anseia a presente Dissertação, em demonstrar que no caso concreto, o fato dos cotejados serem oriundos de instituições distintas, com distinto passado funcional, e dadas as obrigações a serem cumpridas pela empresa sucessora, são argumentos suficientemente fortes a ensejarem diferenciação salarial.

No Direito do Trabalho Espanhol, nas mesmas condições de sucessão empresarial, não há a necessidade de transpor uma total condição de igualdade entre empregados cotejados, “*el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; y c) la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia*”.<sup>129</sup>

Ou seja, garantidos no mínimo as mesmas condições coletivas previstas no ordenamento quando da mudança de empregadores, atingido o critério objetivo de respeito ao salário e demais benefícios normativos.

Como estamos no estudo de um caso concreto, necessário revelar que ambos os cotejados detinham total observância da empresa para os benefícios previstos nas convenções coletivas e eventuais diferenças a maior para um ou outro, decorrente da sua realidade funcional em uma ou outra empresa, não podem sofrer interferência externa a essa relação.

Há também o inarredável esbulho do salário mínimo Constitucional, Convencional e ao determinado entre as partes, ambas concernentes a uma relação privada, situações superadas pela decisão que afastou o pedido de equiparação salarial.

---

<sup>129</sup> MANGLANO, CARLOS MOLERO / CERVERA-SÁNCHEZ, JOSÉ MANUEL / DÍAZ-CANEJA, ANA MANTORRAS / ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> JOSÉ LÓPEZ, *Manual de Derecho Del Trabajo*, cit. Fls., 578.

No entanto, mais uma vez fazendo o contraponto que impede a aplicação objetiva da norma, trago a colação Acórdão da Décima Turma, que decidiu em sentido contrário, de lavra do Relator Celio Juçaba Cavalcante, também do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, nos autos do Processo nº 0000868-11.2012.5.01.0064, vejamos: *“Oportuno registrar que o fato de o modelo Carlos Alberto ser oriundo de uma empresa sucedida (Banco Nacional e depois Unibanco) e ter usufruído benefício previdenciário e readaptado por em nada obsta o direito do autor à equiparação salarial, mormente quando a prova dos autos evidencia que o obreiro passou a exercer a função de gerente geral em julho de 1995 e o modelo Carlos Alberto foi promovido ao cargo em março de 2005 (fls.311).”*

No art. 461 da CLT, aplica-se o princípio da não prejudicialidade e igualdade no tratamento salarial entre funcionário de uma mesma empresa. Dessa forma, o conflito é latente quando a empresa adquirente tem a obrigação de manter o contrato de trabalho do empregado sucedido incólume (na forma dos arts. 10, 448 da CLT e da Orientação Jurisprudencial 261 do Tribunal Superior do Trabalho), mas ao mesmo tempo, lhe gera uma obrigação extra, que é a paridade entre os salários de cotejados que sequer existiam um para o outro.

Criam uma igualdade desigual, ferem todo o sistema de tratamento isonômico e criam além de uma total inversão de valores, uma série de obrigações a empresa, que impedem o cumprimento da norma.

Analisando o conflito sob a ótica do conflito de normas de mesma hierarquia, temos um grande dilema, eis que ambos os artigos são contemporâneos, não há relação de hierarquia entre eles, e inclusive possuem especificidade sob o tema.

Os juristas mais sociais, poderiam dizer que aplica-se a norma mais favorável em se tratando de direito do trabalho, no entanto, todo o cenário favorável está presente e foi respeitado no caso do Processo nº 0160100-90.2009.5.01.0023, mas foi posta de lado, repita-se, a fixação constitucional e convencional do salário, a estipulação entre as partes, a inexistência de identidade funcional na origem que gerou diferenciações no futuro, no Acórdão nº 0000868-11.2012.5.01.0064.

Sequer foi demonstrado um tratamento discriminatório pela empresa, pelo contrário, a subjetividade da norma invadiu o patrimônio do Banco, interferindo diretamente na parcela mais cara paga ao empregado, qual seja, o salário, e instaurou sem qualquer objetividade uma obrigação perpétua.

Veja que esta relação provém do Estado, enquanto titular da jurisdição juslaboral, em detrimento de uma empresa privada.

Mas se colocarmos os Entes Públicos a responderem por pedidos de equiparação de seus funcionários, temos um resultado totalmente diverso, e que mais uma vez, corrobora com a tese da Dissertação de fazer prevalecer a autonomia empresarial, em detrimento da norma de caráter subjetivo que é a paridade salarial.

Necessário suscitar a Orientação Jurisprudencial nº 297 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

*“OJ-SDII-297 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. ART. 37, XIII, DA CF/1988 (DJ 11.08.2003) O art. 37, inciso XIII, da CF/1988, veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no art. 461 da CLT quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela CLT.”*

Tal redação foi alcançada através de Acórdãos paradigmas que formaram o convencimento da mais alta Corte Trabalhista do Brasil.

Da análise dessas decisões e do citado verbete, verificamos que existe um verdadeiro disparate na aplicação do princípio da isonomia.

Em que pese no acórdão E-RR nº 301171, de relatoria do Ministro Rider de Brito, considerar-se que o poder diretivo do empregador seja ele ente público ou privado, pode gerar o desempenho de atividades idênticas entre determinados funcionários, na sua conclusão, assevera ser impossível a aplicação das regras do art. 461 da CLT, inclusive para funcionários públicos sujeitos ao regime celetista e emprega na sua decisão a remissão da antiga Súmula 339 do STF, transformada na Súmula Vinculante nº 37, vejamos a conclusão do Ministro:

*“Ocorre que o artigo 37, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988 veda a “vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público”. Se assim dispõe o preceito constitucional, impossível, juridicamente, que se possa aplicar a norma infraconstitucional prevista no art. 461 da CLT.*

*O legislador proibiu a equiparação, no âmbito da Administração Pública, porque acarretaria a obtenção de remuneração superior à prevista para o cargo ou emprego para o qual o servidor fora nomeado ou contratado, pela via da equiparação prevista na norma trabalhista infraconstitucional.*

*É comum no serviço público ocorrer o desvio de função. O servidor é admitido para determinado cargo ou emprego e o Administrador o promove, ou o próprio servidor almeja o exercício de função de nível mais elevado.*

*Isso ocorre muitas vezes porque no dia-a-dia dos serviços de uma empresa, como de um órgão público, torna-se difícil estabelecer limites quanto às tarefas de um e de outro servidor ou empregado, terminando por ocorrer uma interpenetração: exercentes de um cargo superior executando eventualmente tarefas de um inferior e vice-versa.*

*No regime puramente privado é possível a equiparação. No entanto, se um dos sujeitos da relação contratual é órgão público, ou mesmo sociedade de economia mista, assim não poderá ser, precisamente porque há norma constitucional vedando essa possibilidade jurídica. E é óbvio*

*que, havendo conflito entre uma norma constitucional (art. 98 da CF 67/69 - 37, XIII, da CF/88) e uma lei ordinária (art. 461, da CLT), deve prevalecer a primeira.*

*Outrossim, a atual Carta Magna exige, para a investidura em cargo ou emprego público, prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, conforme seu artigo 37, inciso II.*

*De fato, ao se admitir a equiparação salarial entre servidores públicos, está-se desobedecendo o mandamento constitucional, permitindo que o reclamante ingresse ou ocupe emprego diverso do seu, sem a necessária aprovação em certame público.*

*Portanto, inviável conceder-se a equiparação salarial entre servidores públicos, ainda que contratados pelo regime da CLT, devido às vedações supracitadas.”*

Considerou o Ministro, que no confronto entre hierarquia de normas, no caso, o art. 461 da CLT, é norma de caráter imediatamente inferior ao conteúdo constitucional do art. 37, desprezando, portanto, o pedido de paridade salarial pretendido na ação.

Dito isso, convém destacar que a lei e a jurisprudência, criaram diversas classificações de empregados e de maneira desigual os trata, como a seguir destaca:

- Funcionário público estatutário, que não pode equiparar-se a outro funcionário estatutário por vedação expressa da Súmula Vinculante nº 37 do C.STF;
- Funcionário público celetista, que não pode equiparar-se a funcionário público também celetista, pois é um empregado híbrido, ora aplicando-se o regime da CLT, ora aplicando-se o regime constitucional e por força do entendimento esposado na OJ 297 da SDI-I do C.TST, não podem pleitear paridade salarial;
- Funcionário público celetista, que também não pode equiparar-se a funcionário público estatutário, por serem regimes diferentes de contratação, bem como com espeque na Súmula Vinculante nº 37 do STF;
- Funcionário terceirizado de empresa privada celetista, que não pode equiparar-se a funcionário público estatutário ou celetista, por diferenças no regime de contratação;
- Funcionário de empresa privada que **pode** equiparar-se a outro funcionário de empresa privada, desde que presentes os requisitos taxativos do art. 461 da CLT, desprezando-se qualquer diferenciação do regime de contratação, observância de normativos coletivos, orçamento empresarial e etc ... Causando verdadeiro disparate na aplicação dos princípios isonômicos que cercam a igualdade salarial.

Não há qualquer situação que justifique uma aplicação tão distante do preceito de igualdade quando se analisa a questão da ótica acima proposta.

Independente de ser funcionário público estatutário/celetista ou celetista privado, a geração de empregos prescinde de orçamento para manutenção do posto de trabalho e observância empresarial (pública/privada) dos requisitos mínimos de normativo daquele determinado cargo.

Não pode o ente público diminuir o salário de seus empregados sem norma prévia que determine tal comando e de igual modo, não pode aumentar sem lei que preveja tal abono.

No âmbito empresarial privado, não pode a empresa diminuir os salários de seus funcionários, sem que haja negociação coletiva fundamentando a alteração em prejuízo dos empregados, no entanto, o Estado pode intervir na vida privada, ou seja, na relação “empresa x empregado”, visando conceder aumentos com base em norma isonômica de maneira totalmente desproporcional.

A soberania dos normativos coletivos, é sacramentada com a decisão referente a impossibilidade de diminuição do salário sem prévio acordo com a categoria.

Essa orientação jurisprudencial e os acórdãos utilizados como precedentes persuasivos, fundamentam a importância das convenções e acordos coletivos, bem como determinam que apenas mediante negociação sindical, na forma da Súmula 325 do Tribunal Superior do Trabalho e no art. 7º, VI da Constituição Brasileiro<sup>130</sup>, se faz possível a diminuição de direitos trabalhistas.

Todo esse conjunto, confere poder supremo aos acordos e convenções coletivas, pelo que, somente a inobservância dele, é capaz de gerar algum tipo de sanção a empresa.

Assim, agindo a empresa com observância aos preceitos traçados nos acordos e convenções coletivas, nenhuma obrigação pode ser exigida além do contratado.

Citamos de passagem a Súmula Vinculante nº 37, da mais alta Corte Constitucional Brasileira, que é o Supremo Tribunal Federal, cuja redação é:

*“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”*

Assim como aplica-se ao ente público o entendimento consubstanciado na necessidade de lei orçamentária que preveja o aumento dos salários, distanciando o poder judiciário de intervir na remuneração dos empregados sob pena de usurpação de sua competência e onerosidade das contas públicas, o mesmo deve ser observado em relação às empresas privadas.

---

<sup>130</sup> OJ-SDI1-325 AUMENTO SALARIAL CONCEDIDO PELA EMPRESA. COMPENSAÇÃO NO ANO SEGUINTE EM ANTECIPAÇÃO SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE (DJ 09.12.2003) O aumento real, concedido pela empresa a todos os seus empregados, somente pode ser reduzido mediante a participação efetiva do sindicato profissional no ajuste, nos termos do art. 7º, VI, da CF/1988.

Artigo 7º, VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;



Veja, que uma condenação em equiparação salarial, também invade o patrimônio da empresa e gera consequências pecuniárias, das quais não estava preparada para subsidiar.

No entanto, o poder judiciário, amparado em uma norma de isonomia demasiadamente falha, que como vimos não alcança seu potencial objetivo de igualar os desiguais e corrigir injustiças, em sentido contrário, cria injustiças no âmbito empresarial privado.

A citada Súmula Vinculante nº 37 do STF, considera a coexistência de todos os motivos ensejadores da equiparação ou isonomia, presentes ao caso concreto, conforme definição do voto proferido pelo Ministro Relator Teori Zavascki nos autos do RE nº 402.467 AgR, *“Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta colenda Corte no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos, à conta de isonomia, mesmo em face de situações reveladoras de absoluta identidade de atribuições.”*.

Ora, o entendimento prima por estrita impossibilidade do Estado Juiz em intervir nas relações entre o ente público e seus empregados, mesmo identificando uma situação de manifesta isonomia entre os cotejados.

A norma isonômica, visa equilibrar a relação entre modelo e paradigma, sem no entanto, interesse em conferir um direito que ultrapasse o campo do interminável, incansável, criando situações de amplitude infinita da isonomia.

Verificamos que o Supremo Tribunal Federal, trata a matéria de forma muito clara em relação ao conceito de identidade salarial, que é idêntico ao que consta do art. 461 da CLT.

No entanto, observando que a atuação do Supremo Tribunal Federal, se limita aos servidores estatutários no estudo do caso concreto, a norma descrita no art. 461 da CLT, é deixada de lado, e passa-se a analisar o processo somente sob o enfoque do regime ao qual os cotejados pertencem.

Sendo empregados do Município, o regime é estatutário e a CLT, não se aplica, no entanto, repita-se, as regras que regem o pedido de isonomia por equiparação salarial são idênticas.

Nesse sentido, a fundamentação de um dos Acórdãos utilizados como paradigma na redação da Súmula Vinculante nº 37 do Supremo Tribunal Federal, merece destaque, pois, guarda total relação com o instituto celetista da equiparação salarial:

*“Pelo Princípio da Isonomia, de status constitucional, cargos idênticos, de iguais funções, devem ser valorados com o mesmo quantum remuneratório, pois não se justifica o não recebimento da gratificação em questão pelo servidor público ocupante de cargo efetivo da SMA em razão de sua lotação em outro setor da administração municipal”. (fl. 184)”*

Ora, da leitura, fica fácil perceber a relação íntima entre os institutos.

Veja que os funcionários citados no acórdão, trabalhavam lado a lado, desempenhando as mesmas funções, porém provenientes da contratação de entes diferentes, e portanto, sujeitos a regime remuneratório também distintos.

Hipótese essa que materializa especialmente as linhas de pesquisa da presente dissertação, na qual o Estado não pode intervir no ambiente empresarial privado, mormente mediante interpretação de um dispositivo que não minimiza tratamento igualitário (art. 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas), pelo contrário, inverte valores.

Veja que conceder aumentos aos empregados, prescinde de uma série de gastos com a empresa, salários e tributos atrelados ao mesmo, pelo que, a previsão de gastos, orçamento, credores e devedores, todos dentro do âmbito de organização e poder diretivo do empregador, são transgredidos pelo judiciário, quando da sentença que confere igualdade salarial.

Desta forma, interferir no patrimônio empresarial sem a confirmação de um ato discriminatório direto ou indireto (conforme descrevem os arts. 23º ao 32º do Código do Trabalho), é ferir os princípios formadores da norma insculpida no art. 59, nº 1, alínea “a” da CRP, bem como no art. 270 do Código do Trabalho.

## **9. FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA, INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE DIREITOS NA APLICAÇÃO SUSTENTÁVEL**

Tanto no Brasil, como em Portugal, as normas constitucionais alcançam o topo da hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Outra característica em comum é a enorme quantidade de direitos laborais em ambas as constituições.

Nesse sentido, a Professora Palma Ramalho, *“Apresentados os princípios e as normas constitucionais de incidência laboral, importa revelar a importância da Constituição como fonte laboral. Encontrando-se, a Constituição no topo da hierarquia normativa, (...)”*<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit., fls. 173.*

Já sob a ótica Constitucional Brasileira, também, em flagrante inspiração na Dogmática Constitucional Portuguesa, visou erigir o direito laboral, tendo assim descrito o Professor Edilton Meireles, *“Podemos afirmar, aliás, que o direito do trabalho no Brasil encontra seus princípios, valores, instituições fundamentais e objetivos estabelecidos na Constituição. Ela, em especial, elegeu o direito do trabalho como instrumento de realização do Estado Social, em seu caráter material, ao ponto de, além de assegurar o direito ao trabalho (caput do art. 6º), estabelecer uma série de direitos fundamentais para que a dignidade humana seja alcançada (art. 7º).”*<sup>132</sup>

Discussão por demais trazida à baila no presente trabalho de pesquisa, a aplicação do direito do trabalho no âmbito da relação entres entes privados, já se declinou que é plenamente cabível.

No entanto, a Professora Palma Ramalho faz uma distinção *“Assim, quanto ao direito individual do trabalho, é usual a sua recondução ao domínio privado da ordem jurídica, desde logo pela natureza negocial do contrato de trabalho e também pela posição formalmente igualitária que nele ocupam o empregador e o trabalhador. Já quanto ao direito das condições de trabalho, é dominante o entendimento no sentido da sua recondução ao direito público, justificado pela natureza imperativa da maioria das suas normas e pelos interesses públicos que muitas vezes lhes subjazem. Por último, no que se refere ao direito colectivo do trabalho, alguns autores caracterizam-no como direito privado, mas outros qualificam-no como uma área regulativa de carácter híbrido.”*<sup>133</sup>

E assevera ainda especificamente no tema deste trabalho, *“Na prática, assim sucedeu em particular com o princípio constitucional do <<trabalho igual, salário igual>> (art. 59º nº1 a) da CRP), que foi, com frequência, directamente aplicado pelos tribunais em resolução de litígios individualizados, (...)”*<sup>134</sup>

Dados importantes que tiramos dessa explanação dizem respeito às classificações que a Professora nos presenteia.

Em primeiro lugar o direito individual do trabalho e sua natureza da relação entre as partes em âmbito privado, explica muito bem a liberdade conferida aos sujeitos da relação em negociar cláusulas do contrato, sendo relevante a condição de igualdade formal sublinhada. Não há controvérsia quanto ao caso.

A professora vai além e dedica um capítulo de seu tratado, a problemática da aplicação civil dos direitos fundamentais laborais, sendo certo que o presente trabalho, orbita numa área do Direito laboral que não gera grande contradição quanto a aplicação dos particulares, e sendo assim, por possuir eficácia perceptiva, devem ser de plano postos em prática mesmo nas relações entre particulares, e vale destacar: *“Na prática, assim sucedeu em particular com o princípio constitucional do <<trabalho igual, salário igual>> (art. 59ª nº1 a) da CRP), que foi com*

---

<sup>132</sup> MEIRELES, EDILTON, *A Constituição do Trabalho*, cit. Fls., 115.

<sup>133</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 122.

<sup>134</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 176.

*frequência, directamente aplicado pelos tribunais em resoluções de litígios individualizados, (...)”*<sup>135</sup>

Delineada a questão, importante ressaltar que os estudos aqui apresentados não flertam com a retração de direitos trabalhistas, nem mesmo desprezam o caráter protetivo que a norma confere aos empregados.

Sobreleve-se que todas as conquistas no campo laboral, demandaram imenso esforço e muita luta por parte dos trabalhadores. Nada foi conquistado sem enorme astúcia e perseverança da classe que era hipossuficiente nessa relação.

Sobre o viés protecionista da Lei, disse a Professora Doutora Catedrática Palma Ramalho, “*A índole protectiva em relação ao trabalhador, que o Direito do Trabalho assume à partida, vai constituir o motor do seu desenvolvimento sistemático, (...)*”<sup>136</sup>

Passeando pelas várias Constituições Sociais citadas nesse trabalho de dissertação, verificamos que todas elas, garantem a tutela jurisdicional ao trabalhador. Tutela que provém do Estado, e pode ser considerada como o principal Direito do Trabalhador, depois do positivismo de direitos fundamentais nas constituições, vez que lhe garante o acesso à Justiça e condições de discutir seu contrato de trabalho em pé de igualdade com o empregador.

Esse é o pensamento do Professor Edilton Meireles em sua obra, e explica muito bem o fenômeno Constitucional que é o Direito do Trabalho, e sua principal característica que é proteger o trabalhador, “*Num primeiro momento da constitucionalização do direito do trabalho se assistiu à consagração dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, especialmente aqueles vinculados às liberdades públicas e ao direito coletivo (liberdade sindical, liberdade de profissão, direito de greve etc.). Ernst-Wolfgang Böckenförde, porém, lembra que o primeiro direito trabalhista reivindicado pelo movimento socialista foi o direito social à tutela, considerado em si como verdadeiro direito humano. E, de fato, pode-se dizer que o primeiro e principal direito do trabalho é o da tutela estatal, ou seja, o da existência de um corpo de normas especiais que garantem à dignidade da pessoa do trabalhador por meio do acesso a bens vitais.*”<sup>137</sup>

Assim, como amplamente demonstrado, não está em jogo a subtração da norma ou sua ilegalidade, até porque, a tutela jurisdicional do Estado, estará sempre presente para solidificar a busca pelos direitos trabalhistas, mas tão somente o que prego, é uma aplicação sustentável e com respeito aos demais princípios que regulam o ordenamento jurídico.

Conceito esse encontrado nas palavras do Professor Jorge Miranda, “*(...) que não se trata de proibição de retrocesso absoluta, mas tão só relativa ou de prima facie, ou seja, que a proibição*

---

<sup>135</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit., fls. 176.*

<sup>136</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit., fls. 55.*

<sup>137</sup> MEIRELES, EDILTON, *A Constituição do Trabalho, cit. Fls., 137.*

*só incide sobre retrocessos que afetem o mínimo social, que afetem o conteúdo essencial dos direitos em causa, que sejam desproporcionados ou desrazoáveis, ou que afetem a proteção da confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana.*”<sup>138</sup>

Não há óbice ao Estado em modificar a interpretação da norma, como delimita o Professor Jorge Miranda: *“O legislador, de acordo com os critérios provenientes do eleitorado, pode adotar outros modos e conteúdos de concretização. Nada obriga, por exemplo, a que o serviço nacional de saúde (art. 64º) ou o sistema de ensino (arts. 74º, 75º e 76º) tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas: pode ser, ora mais centralizados ora mais descentralizados, ora mais socializantes ora mais liberalizantes (insistimos). O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço e tal sistema.*”<sup>139</sup>

Assim, temos um cenário totalmente favorável à interpretação da norma por meio da conjugação de princípios que tornem sua aplicação sustentável, barrando a desmedida e invasiva forma como vem sendo utilizada.

Até mesmo porque, existe na própria aplicação do princípio pela jurisdição Estatal, diferenças no resultado do julgamento de situações idênticas, justamente pela ampla margem que o judiciário possui para decidir questões que não estão no campo visual da lei e ficam ao seu crivo, tendo também os Professores Rui Medeiros e Jorge Miranda percebido essa discrepância das decisões, *“A percepção da questão nem sempre está presente jurisprudência constitucional portuguesa, havendo acórdãos que admitem, lado a lado e indiferenciadamente, como se de soluções idênticas se tratasse, ambos os entendimentos.*”<sup>140</sup>

Como conclusão inarredável e de consonância com a ideia esposada nesse trabalho a Corte Constitucional decidiu no Acórdão 313/89 *“O que, pois, se proíbe são as discriminações, as distinções sem fundamento material”*.

Na mesma linha de raciocínio trata a Professora Maria do Rosário Palma Ramalho, *“o Direito do Trabalho é um direito compromissório, no seio do qual, a cada passo e segundo uma lógica específica, que teremos ocasião de avaliar na descrição dos regimes laborais, prevalecem ora os interesses colectivos ou individuais dos trabalhadores, ora os interesses de gestão dos empregadores.*”<sup>141</sup>

Note-se, que a utilização sustentável da norma está em voga e deve ser aplicada, sendo essa a premissa principal deste estudo.

No Brasil, passamos por um momento de turbulência, que acaba por não ser o mais favorável para tratar de mudanças nas leis e suas interpretações. O Presidente do Congresso vê a Justiça do

---

<sup>138</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit., Tomo IV, cit., fls.487/488.*

<sup>139</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional cit., Tomo IV, cit., fls.494.*

<sup>140</sup> MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada cit., fls. 1152.*

<sup>141</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit., fls. 127.*

Trabalho como um problema para a economia e pretende aprovar a qualquer custo um pacote de medidas tendentes a diminuir os direitos trabalhistas vigentes hodiernamente.

Mudar paradigmas e interpretações que acompanhem a evolução da sociedade é uma maneira saudável de fazer com que a lei alcance seu principal objetivo de atender aos anseios de seus tutelados.

Por outro lado, escravizar o próprio povo e suprimir direitos que foram conquistados com uma árdua luta da classe trabalhadora, apenas como forma de melhorar a economia para pagar pela má administração do País, não é o caminho correto a ser seguido.

Nesse sentido, também destacou o Professor Sérgio Pinto Martins<sup>142</sup>, em sua obra que trata especificamente da flexibilização de direitos trabalhistas, quando considerou como reforma em prejuízo a ocorrida no Panamá, por meio da edição da que suprimiu direitos dos trabalhadores, vejamos: *“A Lei nº 1, de 1986, denominada reforma do trabalho, estabeleceu flexibilização para pior, pois diminuiu o adicional de horas extras. Instituiu uma espécie de não aplicação da lei trabalhista para indústria de exportação. Esclareceu que ao trabalho em domicílio não seria observada a legislação trabalhista.”*

O fato do Direito Laboral ser considerado até mesmo a essência das diretrizes de determinados países, como explica o Professor Edilton Meireles, chega a constituir um verdadeiro “problema constitucional”, como o próprio explica em sua obra, vez que gera um choque de princípios constitucionais e intervencionismo exacerbando do Direito Público na relação entre privados, *in verbis*:

*“A constitucionalização do direito do trabalho corresponde, justamente, a uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito das relações privadas, passando a ser um “problema constitucional”. Até porque o direito do trabalho regula os “fundamentos existenciais para a grande maioria dos que trabalham” e de um extenso campo da atividade humana.”*<sup>143</sup>

Não estando presentes elementos que possibilitem demonstrar a existência de uma efetiva contraprestação, nem mesmo justificativa plausível para flexibilização, interpretação sustentável e readequação de entendimentos, na verdade o que vemos é uma forma suprimir direitos adquiridos e conquistados pela classe trabalhadora.

Respeito muito às teses que definem parâmetros para abrangência expansionista do Direito do Trabalho, como defendido pela Professora Maria do Rosário Palma Ramalho, às fls. 129 do seu Tratado no Volume I, mas falando em critérios equânimes, em esbulho de um princípio sobre outro (no caso da igualdade sobre liberdade), não há espaço para o alargamento da interpretação do art. 59, II da CRP, nem mesmo do art. 461 do texto Celetista Brasileiro.

---

<sup>142</sup> MARTINS, SERGIO PINTO, *Flexibilização das Condições de Trabalho cit.*, fls. 27.

<sup>143</sup> MEIRELES, EDILTON, *A Constituição do Trabalho cit.* Fls., 137.

Merece ainda citação “(...) não será admissível uma aplicação judicial das normas laborais que contrarie a Constituição.”<sup>144</sup>

Existem inúmeros princípios que visam resguardar os interesses das empresas e a liberdade de gestão mínima que precisam para gerir e suportar todo o risco do negócio que somente a elas compete.

O Professor Edilton Meireles, leciona em sua obra que analisa as mais diversas Constituições, “É sabido que a Constituição é una e indivisível. Suas regras e princípios formam um único corpo legislativo, que deve ser aplicado e interpretado de forma a não guardar qualquer divergência ou prevalência entre os diversos temas ou ramos do direito nele tratados.”<sup>145</sup>

Tal citação, vai de encontro aos pensamentos transcritos no presente trabalho dissertativo, devendo coexistir em equilíbrio, os mais diversos artigos e princípios constitucionais.

Assim, a própria Constituição da República Portuguesa, enuncia liberdade das empresas privadas nos arts. 61º, 80º e 86º.

Princípio latente ao direito do trabalho, a norma mais favorável pode ser vista erigindo em diversos aspectos da relação laboral.

Sobre esse conceito, vale a conclusão da Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, “(...) a importância do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador como um recurso técnico específico que o Direito do Trabalho soube desenvolver em prossecução dos seus próprios desígnios (no caso, a tutela do trabalhador), mas que contribuiu também para o aperfeiçoamento da dogmática jurídica geral, na medida em que apela a soluções de substancialidade na aplicação das normas jurídicas que fazem sentido para todas as áreas do Direito.”<sup>146</sup>

Podemos imaginar o Direito do Trabalho como os grandes balões que estão a andar pela Capadócia. Murchos no chão quando o trabalhador não tem emprego, e sempre a inflar conforme mais direitos laborais são inseridos no seu interior ao longo da relação laboral.

Uma vez inserida, a garantia não pode mais ser retirada, pelo que, deve-se interpretar de forma cautelosa, tendo em vista que os balões podem estourar e virem ao solo novamente, aqui fazemos uma analogia com as empresas que podem quebrar ou contratar em menor escala ou não refletir maior qualidade nos postos de emprego, devido a quantidade de direitos a sustentar, que acabam se tornando um tormento até mesmo para o crescimento das relações de trabalho.

---

<sup>144</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 174.

<sup>145</sup> MEIRELES, EDILTON, *A Constituição do Trabalho cit.*, fls.15.

<sup>146</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 276.

Caminhando na mesma esteira de raciocínio, o princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho e as suas projecções, visa proteger de um lado o trabalhador na sua “inferioridade jurídica e material”, e por outro lado, guardar o direito potestativo do empregador e a liberdade diretiva deste, nesse sentido asseverou a Professora “*Em consonância com este duplo objectivo, reconhecem-se duas vertentes no princípio da compensação: uma vertente de protecção dos interesses do trabalhador e uma vertente de salvaguarda dos interesses de gestão do empregador.*”<sup>147</sup>

Não podemos confundir o princípio da norma mais favorável com a degradação da sustentabilidade e efetividade da mesma.

A Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, cita ainda três métodos de interpretação das normas favoráveis, sendo eles a teoria do cúmulo, materializada no exemplo dos balões acima citado, teoria da conglobação simples e teoria da conglobação limitada, concluindo que “*A análise destas orientações aconselha à rejeição das duas primeiras. Efectivamente, à teoria do cúmulo pode opor-se o argumento de que contrariaria a lógica do sistema de negociação colectiva, que é, por definição, um sistema global de cedências mútuas, para além de quebrar a unidade normativa das fontes analisadas. Mas, por seu turno, a teoria da conglobação simples peca pelo excesso de abstracção do critério de comparação e pelo subjectivismo dos resultados a que conduz.*”<sup>148</sup>

Com o devido respeito, discordo da opinião da Professora. No Brasil adota-se a teoria do conglobamento, na qual o conjunto de normas que o trabalhador se obrigou deve valer para si como um todo, sendo vedado pinçar normas de uma realidade ou outra laboral, visando costurar uma verdadeira colcha de retalhos, que seria um direito do trabalho customizado a favorecer pessoalmente o empregado.

A citada teoria do conglobamento brasileiro, estaria inserida comparativamente a teoria da conglobação simples, citada pela Professora Catedrática Palma Ramalho, teoria que eu considero mais justa, até mesmo numa situação de igualdade formal na qual se colocam empregado e empregador, sabendo que o emprego possui vantagem nessa relação jurídica privada.

Nesse ínterim, o entendimento Jurisprudencial do Tribunal Regional da 4ª Região Brasileira, localizado no Rio Grande do Sul, editou uma Súmula, que vai de encontro ao entendimento defendido por esse estudo, ou seja, da impossibilidade de constituição de um instrumento através de normas benéficas retiradas de outras diversas fontes do ordenamento sem ser submetido a negociação sindical.<sup>149</sup> Na coexistência de dois normativos coletivos, aplica-se o que no seu

---

<sup>147</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls.520.

<sup>148</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls.281.

<sup>149</sup> Súmula nº 88 – TRT 4ª REGIÃO - RESOLUÇÃO DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS COLETIVAS. Coexistindo convenção e acordo coletivo de trabalho, prevalecerá o instrumento normativo cujo conteúdo, em seu conjunto, seja mais favorável ao empregado. Cotejo das normas coletivas com interpretação sistemática, observando-se a Teoria do Conglobamento.



conjunto for mais favorável ao empregado, não configurando subtração de direitos ou subversão da ordem constitucional laboral, o elenco de direitos trabalhistas favoráveis no seu todo, afastando a criação de um instrumento demasiadamente lesivo ao empregador.

Até mesmo porque, o “novo” instrumento criado a partir do retalhamento de benefícios não foi submetido à negociação coletiva, não passou por ratificação da comissão de empregados e empregadores, não podendo ser considerado meio válido de constituir, repita-se, “negociação coletiva”, vez que na sua essência não foi negociado.

Visando exemplificar, vale transcrever a orientação da Magistrada Vólia Bomfim Cassar, “*No conflito de duas regras do mesmo ordenamento jurídico ou na hipótese de comparação de duas leis (uma nacional e outra estrangeira, quando legalmente autorizada a comparação) deve-se aplicar uma das teorias para avaliar a lei mais benéfica: a) atomista (tomista, da soma, acumulação ou cumulação); b) conglobamento (em bloco ou do conjunto); c) intermediária (por instituto, orgânica, eclética ou conglobamento mitigado).*”<sup>150</sup>

Ainda em comparação aos pensamentos de ambas as Ilustres Doutrinadoras, a teoria intermediária ou conglobamento mitigado citada pela Magistrada Brasileira, estaria em consonância com o pensamento da Professora Catedrática Palma Ramalho, de aplicação da teoria da conglobação limitada.

No meu entendimento, as teorias do cúmulo e da conglobação limitada, ferem os princípios sustentáveis da norma e interferem na sua negociação coletiva, violando ainda por via reflexa as previsões constitucionais tanto na Brasileira como na Portuguesa de ratificação da negociação coletiva.

Cabe especial relevo ao artigo 56º da Constituição Portuguesa<sup>151</sup>, que trata dos Direitos das Associações Sindicais, e garante vigência do acordo coletivo, inclusive conferindo direta participação dos entes Sindicais na elaboração das leis trabalhistas, gestão de instituições de

---

<sup>150</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho cit., fls. 149.*

<sup>151</sup> Art. 56º da CRP: 1. Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.

2. Constituem direitos das associações sindicais:

- a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;
- b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
- c) Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
- d) Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
- e) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.

3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei.

4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas.

seguridade social, pronúncia sobre planos econômicos e participação nos processos de reestruturação das empresas.

Já o diploma Constitucional Brasileiro, no art. 7º, inciso XXVI<sup>152</sup>, garante o reconhecimento da negociação coletiva, com tão especial relevo que o coloca na hierarquia constitucional.

Tal se faz inclusive, tendo em vista que ambas as constituições possuem inúmeros direitos direcionados aos trabalhadores, sendo escorreito ainda, que a negociação coletiva deve respeitar o ordenamento constitucional relacionado a temática.

A discussão é ressaltada nesse trabalho, pois invariavelmente as negociações coletivas definem parâmetros de correção e fixação de piso salarial. Matéria intimamente ligada a futuros pedidos de isonomia salarial, e que ficam com sua interpretação muito ampla, aberta e ao sabor do julgador.

Nunca uma empresa condenada ao pagamento de equiparação salarial, tem o ordenamento interpretado da forma contida como na teoria da conglobação simples, muito pelo contrário, o que verificamos é uma interpretação pela teoria do cúmulo, que possui as maiores críticas ou em sentindo mais brando pela conglobação limitada, casando as normas favoráveis com outros grupos de normas que podem ampliar ainda mais o direito do trabalhador.

Sem desprezar as lutas e conquistas dos trabalhadores desde os tempos de revolução industrial e igualmente sem fechar os olhos para o trabalho escravo que ainda habita o mundo, mas a gama maior de trabalhadores abrangidos pelas leis laborais e que possuem condições de discutir e reclamar seu contrato é cada vez maior.

O trabalhador se coloca em posição de submissão ao dono do empreendimento, mas há retribuição por essa condição. Por esse motivo, a condição menos favorável do empregado na comparação com o empregador, não pode florescer uma legislação demasiadamente protecionista, sob pena de retroagir o avanço de relações que, mesmo guardada a condição hierárquica menor do empregado, não o impede de discutir e buscar seus direitos diante de um ordenamento extremamente sólido visto hodiernamente.

Conclusão disso, é que não por desengano, o número de processos trabalhistas crescem a cada ano na Justiça do Trabalho Brasileira, sendo 2 milhões e meio de novas demandas em 2015, com previsão de aumento de 13% em 2016<sup>153</sup>.

Em Portugal, onde o nível intelectual médio dos trabalhadores é maior do que no Brasil (país em desenvolvimento), também não verificamos dificuldade para os trabalhadores que procuram a tutela dos seus direitos através da jurisdição estatal.

---

<sup>152</sup> Art. 7º, XXVI da Constituição Federal Brasileira - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

<sup>153</sup> Fonte: Estadão: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-trabalhistas-crescem-e-tst-preve-3-milhoes-de-processos-em-2016,10000050140>

Assim, o princípio de favorecimento do trabalhador deve ser esvaziado num momento global em que o acesso às leis que regem o trabalho estão ao alcance de todos e as instituições sindicais estão cada vez mais fortes.

Não é inoportuno dizer que existe uma dificuldade muito grande em avaliar e criar relações de hierarquia bem como ordem preferencial de favorecimento desse tipo de norma.

No entanto, talvez seguindo uma tendência mais sustentável das normas que asseguram relações de trabalho, o novo código diminuiu a incidência do princípio de proteção do trabalhador.

Tal paradigma vem a calhar com um momento em que o trabalhador não é uma classe subjulgada e possui amplos mecanismos de negociação das cláusulas do contrato e meios de cobrar a efetividade ou eventual abusividade das mesmas.

Nesse sentido, o legislador Português, modificou sensivelmente a forma como o princípio da norma mais benéfica era visto perante o ordenamento, bem destacado pela Professora Catedrática Maria do Rosário Palma Ramalho, *“Por comparação com o regime anterior observou-se uma diminuição do vigor do princípio do favor laboratoris no CT de 2003 – em particular no que se refere à relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho.”*<sup>154</sup>

Especificamente sobre o tema, encontramos na posição Doutrinal Italiana, vertente que se pretende utilizar na interpretação da norma equiparatória aqui proposta sendo posição adotada pelo Professor Júlio Gomes, em uma de suas reflexões.

Mormente em relação a base do princípio de igualdade na qual a interpretação deve ser utilizada de maneira mais sustentável quando diz, *“A cresce que a posição aparentemente negativa da Cassazione acabou por traduzir-se numa afirmação de que a boa fé impõe a justificação por parte do empregador do exercício dos seus poderes mormente em matéria de fixação da retribuição o que, a nosso entender, é precisamente o cerne do chamado princípio da igualdade.”*<sup>155</sup>

Em conclusão, considera ainda que é plenamente viável, e indo de encontro com o presente estudo, de que a aplicação sustentável é possível, ainda que em transposição de ordenamentos, o que não é o objetivo dessa Dissertação, *“No entanto, como veremos, os argumentos aduzidos num e noutro sentido, isto é, a favor e contra a existência do princípio, revelam-se de grande interesse e podem ser facilmente transpostos para o nosso sistema.”*<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral cit.*, fls. 286.

<sup>155</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ónus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit.*, fls.314.

<sup>156</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ónus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit.*, fls.314.

Desta forma, por todo o exposto, considero que a norma isonomia salarial, deve ser repensada a partir de sua ampla liberdade para o judiciário decidir sobre os valores que considera relevantes para deferimento ou não das diferenças salariais.

Até mesmo porque, a norma não ganha contornos de proteção do trabalhador, a impossibilidade de discriminação sim, tem por escopo proteger o trabalhador, mas a aplicação desmedida do princípio isonômico não, coloca na mão do judiciário uma metralhadora desgovernada, que ora defere ora não, baseada no crivo do julgador.

Não é um crítica aos julgados e sim a liberdade que eles possuem, o mérito valorativo de diversas questões varia de pessoa para pessoa, o que eu acho ser “azul” sob a ótica de um julgamento outro Juiz pode achar ser “verde” e isso não quer dizer que algum de nós esteja errado, somente que a subjetividade da norma não alcança os padrões de justiça social, segurança jurídica e proteção do trabalhador que deveriam ser a questão cerne quando de sua aplicação.

Outro dado importante de ser levado a consideração, diz respeito ao fato de recair nos ombros do judiciário a função de legislar sobre o que é razoável ou não, criando uma série de critério dispares do sentido original e sustentável do princípio de salário e trabalho igual. Competência de legislar que não cabe ao órgão judiciário, respeitado o princípio dos três poderes: Legislativo cria leis, Executivo às coloca em prática e Judiciário às julga.

Também esse mesmo conceito citou o Professor Júlio Gomes, *“Em suma, a razoabilidade a que certamente o legislador e os poderes públicos devem obdecer não é de exigir aos particulares na explicitação da sua autonomia privada. Invoca-se também, a este respeito, o espectro da funcionalização da iniciativa privada da empresa.”*<sup>157</sup>

Sendo o que estamos vendo é o judiciário determinando quase que como um criador de leis, as diretrizes da razoabilidade no citado princípio, pelo que, a aplicação sustentável da norma aqui pretendida, não confronta com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nem mesmo induz o enfraquecimento da norma ou sua substituição, apenas roga por princípios objetivos e de segurança jurídica na sua aplicação.

## **10. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E AUTONOMIA NA ATIVIDADE PRIVADA**

A função social da empresa é um poder exercido através da constituição e possui ampla margem de realização no desenvolvimento do país.

---

<sup>157</sup> Idem, fls. 315.

Nesse sentido, o artigo 170 e incisos da Constituição Brasileira, indica os termos pelos quais busca a plena empregabilidade e o incentivo a livre iniciativa privada empresarial:

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*I - soberania nacional;*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor;*

~~*VI - defesa do meio ambiente;*~~

*VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

*VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*

*VIII - busca do pleno emprego;*

~~*IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.*~~

*IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”*

Especial relevo do artigo citado é que ele preconiza a valorização do trabalho e a livre iniciativa. Considera que todos devem ter uma existência condigna e pugna ainda a busca do pleno emprego.

Na Constituição Portuguesa, os artigos nº 80ª e nº 58ª, determinam a livre iniciativa, o cuidado com a empresa e a busca pelo pleno emprego, sem deixar de lado a sempre presente participação dos entes coletivos dos trabalhadores:

### **“TÍTULO III**

***Direitos e deveres económicos, sociais e culturais***

#### **CAPÍTULO I**

***Direitos e deveres económicos***

***Artigo 58.º***

***(Direito ao trabalho)***

1. Todos têm direito ao trabalho.

2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

- a) A execução de políticas de pleno emprego;
- b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;
- c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.

**Artigo 80.º**  
**(Princípios fundamentais)**

A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:

- a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático;
- b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;
- d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo;
- e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;
- f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais.”

O papel da empresa é irrefutavelmente importante. Assim como verificamos diversos princípios ao longo deste trabalho que norteiam os direitos dos trabalhadores em particular e num sentido mais amplo as noções de Estado, intervenção e benefícios oriundos desses direitos, na outra ponta e tão importante quanto o empregado é a existência da empresa. Sendo esse um bem que todos devem zelar.

Se a atividade empresarial é forte, todos tem emprego e via de consequência, os princípios Constitucionais são postos em prática, fortificação da economia, dignidade da pessoa humana, status social, direitos laborais, dentre outros.

Para a Magistrada Vólia Bomfim Cassar, “A empresa desempenha um importante papel na sociedade, pois é a grande propulsora da produção e do desenvolvimento econômico. Grande parte da população depende diretamente da empresa, seja através dos empregos que cria, das

*receitas fiscais e parafiscais que o Estado através dela arrecada, seja através dos serviços ou produtos que produz e faz circular, do desenvolvimento que proporciona.*”<sup>158</sup>

Nesse ínterim que está à função social da empresa, ou seja, fortalecer a comunidade e por via reflexa os citados princípios Constitucionais, através da prevalência dos interesses empresariais. Sendo necessário que os interesses empresariais sejam sobrepostos aos de determinado trabalhador, vez que a atividade empresarial e sua função social, praticamente se equivalem ao Estado em âmbito coletivo, que busca a melhora da coletividade e devem ser vistos como interesse público em detrimento do pedido singular de um empregado.

Única crítica a tal princípio é que via de regra, somente é aplicado quando a empresa passa por dificuldades financeiras, sendo a aplicação deste uma forma de salvaguardar seus direitos, quando em verdade este exercício deveria ser feito diariamente e até mesmo quando a empresa vai bem economicamente, justo por se colocar em paralelo com os princípios que norteiam a atividade pública em proveito da coletividade, mas não é a ideologia defendida por toda a posição Doutrinal, vejamos o que diz a Magistrada Vólia Bomfim Cassar, *“O princípio da função social da empresa pugna pela prioridade da sobrevivência da empresa em casos de dúvida acerca de sua continuidade ou encerramento, fazendo com que prevaleçam seus interesses a médio e longo prazo, sobre o interesse daqueles que preferem sua extinção, que tendem a pensar a curto prazo, de modo egoísta ou individualista. A manutenção da empresa atende ao interesse coletivo na medida em que é fonte geradora de empregos, de tributos, de produção ou mediação de bens e funciona como válvula propulsora de desenvolvimento.*”<sup>159</sup>

Tal princípio é também uma arma a lutar ao lado dos trabalhadores, pois, como vimos, sendo a empresa forte, via de consequência melhor progresso terá o país, mais postos de trabalho serão criados e melhor qualidade de vida irá possuir a sociedade.

---

<sup>158</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho cit. Fls.*, 192.

<sup>159</sup> CASSAR, VÓLIA BOMFIM, *Direito do Trabalho, cit. Fls.*, 192.

Visando conferir qualidade do princípio de função social, temos que incluir nessa marcha a liberdade do ente privado, pois este é quem suporta o ônus da atividade empresarial, agregando o respeito ao poder potestativo e a autonomia nas decisões empresariais.

O poder potestativo do empregador em Portugal, possui uma série de barreiras para ser exercido, mormente analisando o art. 53ª da Constituição da República Portuguesa<sup>160</sup>, que proíbe os despedimentos sem justo motivo, criando quase uma situação de estabilidade em todos os empregos.

Deixar ao crivo da justiça a tarefa de comparar contratos de trabalho de funcionários distintos, cuja natureza que carregam é eminentemente civil privada, gera quase uma situação de impossibilidade do empregador em cumprir tais normas, como bem asseverou o Professor Júlio Gomes, *“Além disso, invocar a paridade de tratamento implica, inelutavelmente, estabelecer comparações com a situação de outros trabalhadores. Se a realidade das relações de trabalho for decomposta numa pluralidade de átomos, tantos quantos os contratos de trabalho considerados como contratos isolados de intercâmbio, esta comparação parecerá impossível já que em relação a cada trabalhador o contrato entre empregador e cada um dos trabalhadores é uma res inter alios acta. Como observou Lucia Silvagna, a incomunicabilidade entre estes contratos tornaria injustificável a interacção entre várias situações retributivas singulares.”*<sup>161</sup>

Já a autonomia privada, demasiadamente esbulhada nos casos de condenação pela diferenciação salarial, precisa de uma mínima liberdade. Perspectiva essa também apontada e defendida pelo Professor Júlio Gomes, quando traz a lume, a incompatibilidade gerada pela isonomia salarial em confronto com a autonomia privada, e leciona, *“O poder do empregador é um poder privado e seria excessivo consagrar uma espécie de necessidade de motivação do exercício dos poderes patronais. Como SALVATORE HERNANDEZ observou “os actos de autonomia privada não carecem, obviamente, de motivação”. A autonomia privada produz, precisamente, a existência de*

---

<sup>160</sup> Art. 53º (Segurança no Emprego) É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

<sup>161</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ónus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.315/316.*



*um espaço legítimo de irracionalidade: numa célebre expressão, em vez da razão está a vontade.*”<sup>162</sup>

Ou seja, privilegiando o contrato de trabalho com a natureza privada que lhe é peculiar, as estipulações constitucionais e de normas coletivas das quais o empregador já se obriga, não podendo lhe serem imputadas ainda outras mil responsabilidades a ponto de tornar insustentável a relação laboral.

Nessa esteira de rociocínio, o Tribunal da Relação do Porto, quando da conclusão do Acórdão nº497/14.1TTVFR.P1, datado de 07/07/2016, de relatoria da Desembargadora Maria José Costa Pinto, apresentou conclusão no sentido de que a diferença no regime de contratação dos empregados, resguarda o direito de gestão da empresa e não gera isonomia salarial nos moldes do art. 59, nº, a) da CRP, *in verbis*: “*III – Do facto de os enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 248/2009 terem sido reposicionados em termos salariais nos termos do Decreto-Lei n.º 122/2010 não resulta directamente uma discriminação face a enfermeiros com contrato individual de trabalho que não tenham sido reposicionados nos mesmos moldes, uma vez que os regimes legais aplicáveis a enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas e com contrato de trabalho individual, embora muito harmonizados, ressalvam, pelo menos, e em matéria retributiva, a diversidade que vem da autonomia de gestão consagrada pela opção por um modelo empresarial das unidades de saúde.*”

Concluiu ainda o Professor Júlio Gomes, “*Mas a principal crítica ao princípio da paridade de tratamento retributiva é a de que assim se sacrifica ilegítima e excessivamente a liberdade económica do empregador, encorajando-se o intervencionismo dos tribunais.*”<sup>163</sup>

Reconhecendo a livre iniciativa e a impossibilidade do Estado de intervir nas relações entre particulares, o Professor Jorge Miranda assevera:

*“Reconhece-se, hoje, simultaneamente, o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global e a especificidade do Direito privado. As entidades públicas não são “donas” das*

---

<sup>162</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ónus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.315.*

<sup>163</sup> GOMES, JÚLIO, *Algumas Reflexões Sobre o Ónus da Prova em Matéria de Paridade de Tratamento Retributivo “A Trabalho Igual Salário Igual” em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho cit., fls.317.*

*relações privadas para transformar em concreto a “autonomia individual” num concentrado de deveres harmonizáveis.*”<sup>164</sup>

A conclusão do capítulo pugna pela preservação da autonomia privada potestativa empresarial não só nos momentos de crise da atividade econômica, mas sim, mediante uma aplicação rotineira do princípio da função social.

## 11. CONCLUSÃO

Na linha apresentada pela intensa pesquisa, em conclusão, vimos que os direitos sociais, e no caso, como caminham as normas regulamentares do Direito do Trabalho inserida nuclearmente nessa gama de direitos.

Mesmo sendo uma preocupação de todos os ordenamentos jurídicos estudados e em linhas gerais o ideal da humanidade em expandir a proteção dos homens perante os homens, vejo que o trabalho não toca o ponto da retração de direitos sociais, pelo contrário, interpreta as normas já existentes sugerindo uma aplicabilidade sustentável, levando em consideração a vontade original do legislador em detrimento da aplicação desmedida que acaba por esbarrar em outros princípios constitucionais.

As bases normativas que criaram os preceitos de proteção salarial contra discriminação visavam dar efetividade a esse direito social, sendo por outro lado, a ampliação da interpretação da norma um prejuízo no campo patronal que é justamente quem garante a empregabilidade, revertendo em desfavor dos próprios tutelados da norma numa interpretação futurística.

Uma vez que o Estado cumpra o preceito que visava ampliação dos direitos sociais, este não deverá voltar atrás, salvo se a condição de salubridade da manutenção estatal tornarem-se comprometidas decorrentes desse alargamento.

Veja que não se coloca em pauta, a extinção ou aplicação dentro da reserva possível, pelo contrário, concordo com a plenitude da prática do instituto isonômico salarial, mesmo sendo uma norma de caráter programático, mas com interpretação sustentável perante outros princípios legais que regem as relações entre empregado e empregador.

A conclusão da fundamentação de uma decisão que condena o empregador a pagar diferenças salariais por isonomia no trabalho, leva em consideração apenas a literalidade das provas processuais, desprezando o conteúdo geral de igualdade da norma.

Tendo em vista que as condenações em equiparação salarial, invariavelmente esbulham o patrimônio material da vítima, no caso a empresa, creio que não é o dinheiro a ferramenta de manutenção do Estado de igualdade, cabendo aqui destacar que a igualdade de oportunidades, o

---

<sup>164</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV, cit., fls.292.*

respeito mútuo, e a aplicação sustentável da norma são os meios que hão de transformar os ambientes de trabalho em locais mais justos.

A interpretação da norma pode variar de acordo com a suficiência de recursos estatais, em que pese na prática seja necessária essa abertura da interpretação para períodos de maior ou menor abundância econômica, não podemos criar uma sensação de instabilidade jurídica nas normas tal, que não seja possível controlar a mudança na sua aplicação. Não é isso, e tenho em mente ser possível garantir a isonomia salarial, dentro de uma interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

Condenações de indenização por atos ilícitos, possuem bases legais totalmente distintas das tratadas nesse trabalho, atingindo o patrimônio imaterial ou até mesmo material das vítimas, não sendo esse claramente o direito tutelado pela isonomia salarial.

A reparação civil por atitudes dolosas do empregador, inclusive os atos discriminatórios, remetem ao pedido de danos morais e materiais, sendo caracterizados por uma atuação degradante do empregador para com o empregado, sem respeito aos princípios da dignidade humana, com clara motivação discriminatória, sujeitando o direito ativo a reparar os danos causados.

Nesses casos, vemos a necessidade de indenizar o que foi retirado da vítima de discriminação, com severas sanções, inclusive repondo o patrimônio material dentro do que foi perdido.

Mesmo sendo a responsabilidade civil um instituto do Direito embasado em diferentes características da paridade salarial, ambos podem ser cumulados sem prejuízo ainda de outras penalidades ao empregador.

No entanto, não é a condenação em pecúnia para casos em que a diferença salarial possui critérios diferentes, ou ainda que ausentes diferentes critérios, as bases mínimas previstas no contexto das normas confira ao empregado todas as garantias legais, a medida correta a ser aplicada não é condenar o empregador ao pagamento das diferenças salariais.

Como amplamente demonstrado, a relação entre os particulares, não pode ser sobreposta por normas que invadem o poder diretivo do empregador.

Repita-se ainda que fastidioso, mas apenas para que não haja interpretação equivocada, não se pretende com o presente trabalho criticar a ação dos Magistrados ou condenar a existência da justiça laboral, até porque todos (empresa, trabalhador, advogados e magistrados), dependem dessa especializada para sobrevivência de uma ordem democrática, apenas me coloco em posição contrária a subjetividade da norma, que leva a decisões contrárias, impede que a empresa consiga adequar sua atividade com segurança jurídica.

Hoje o Brasil discute um pacote de emendas destinadas a retirar direitos dos trabalhadores e outras tendentes a modificar leis que eram cláusulas imutáveis. Posição que é tomada somente por má gestão do País, e que sou contrário. Debates da nova lei brasileira tendentes a fazer valer convenção coletiva sobre a lei e as atitudes privadas, são discussões que já deveriam estar superadas pelo art. 7º da Constituição Federal Brasileira, que dita exatamente essa redação de

sobreposição da norma negociada sobre qualquer outra, ou seja, já existe esse normativo na Constituição, mas como não é cumprido, assim como uma gama de entendimentos jurisprudenciais e leis positivada aqui trazidas, geram intermináveis discussões que se afastam da segurança jurídica que deve existir no País.

Sendo certo que a questão cerne do trabalho é justamente pugnar pelo tratamento objetivo das leis e evitar excessos de subjetividade que levam o judiciário a intervir diretamente no âmbito privado das empresas.

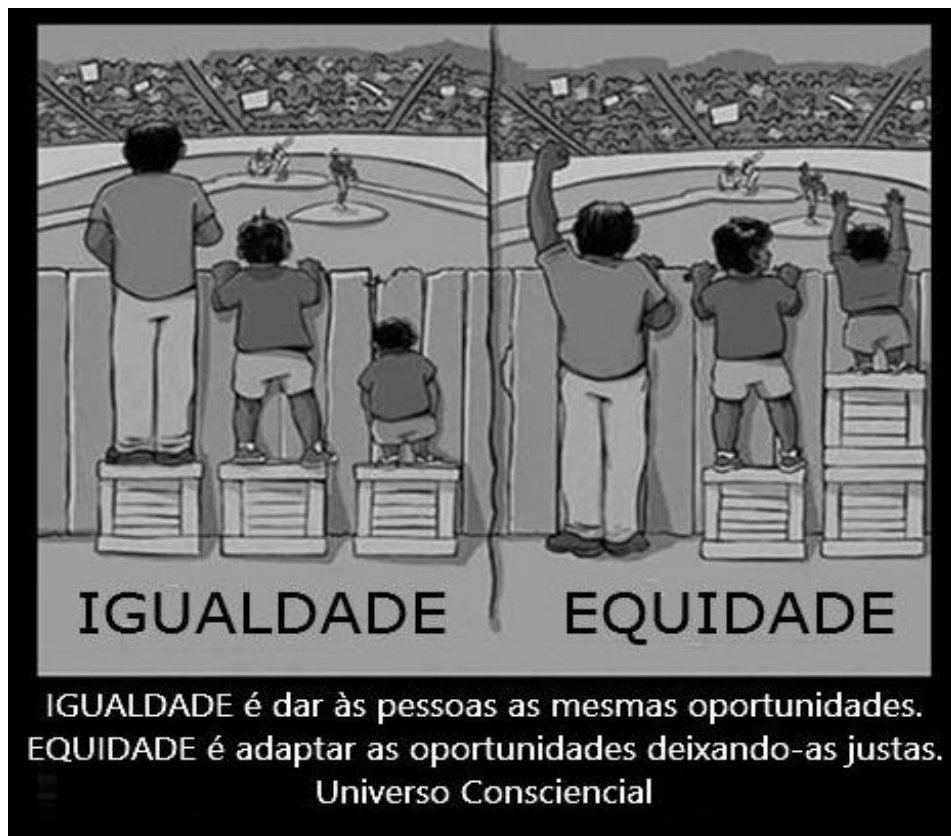
A criação de uma série de Leis, não vai levar a satisfação dos Direitos do Estado e de seus tutelados, sendo necessário firmar entendimento absoluto entre os normativos que já estão vigentes, para só então rumar o leme no sentido de ampliar direitos e criar novas leis.

Assim, como vimos amplamente no debate procedido pelo trabalho, as convenções coletivas e sua força vinculativa, também podem ser utilizadas para definir os critérios de trabalho de valor igual, suplantando as lacunas da lei e impedindo a interpretação subjetiva dos Tribunais.

Dessa forma, em condições de respeito ao ordenamento jurídico como um todo e aqui relembremos o princípio da igualdade geral, o princípio da suficiência do salário, o princípio do salário mínimo, as convenções coletivas e o código do trabalho, dentro das proposições já lançadas, acredito que a condenação em pecúnia não atende os ideais das normas e invade o princípio da liberdade, da autonomia privada, da manutenção de postos de trabalho e tantos outros.

Nesse sentir, as normas sociais, se sujeitam a uma condição de coexistência com outros princípios constitucionais, não havendo relação de hierarquia entre princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Não pode só o empregado ter progressivos avanços sociais, estourando o orçamento das empresas, ou ainda que sustentável a balança comercial empresarial, não pode haver sobreposição de princípios constitucionais, por subversão da ordem equitativa entre os princípios.



165

A singela mensagem da foto deixa claro que igualdade, nem sempre representa Justiça e equidade, e o proveito que tiro desse estudo dissertativo é a importância de uma liberdade assistida nas relações laborais para o alcance da equidade.

<sup>165</sup> Extraída da rede de internet Google.com, autor desconhecido.

## 12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Fernando, *A análise Económica do Contrato de Trabalho*, Ano 3 (2014), nº 5, 3143-3239 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567.
- BAKER, Aaron e SMITH, Ian, *Smith e Wood's, Employment Law*, 12ª Edição, Editora Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BAROLLO, Marina, *Il mercato del lavoro, em Trattato di Diritto Del lavoro diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci*, Volume VI, Editora CEDAM, Milão, 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2003.
- CARVALHO, Paulo Morgado de, *Ónus da prova em caso de discriminação, em Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim, *Direito do Trabalho*, Editora Método, Rio de Janeiro, 2014.
- DÍAZ-CANEJA, Ana Mantorras, MANGLANO, Carlos Molero, SÁNCHEZ-CERVERA, José Manuel e ÀLVAREZ, Mª José Lopez, *Manual de Derecho del Trabajo*, Editora Tirant lo Blanch, 12ª Ed. Valencia, 2012.
- DIÉGUEZ, Gonzalo e CABEZA, Jaime, *Derecho del Trabajo*, Editora Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2ª Ed. Madrid, 2003.
- DOCKÈS, Emmanuel, *Droit du travail, sous la direction de Dominique Chagnollaude e Serge Guinchard*, Editora Dalloz, 4ª Edição, Paris, 2009.
- FERNANDES, António Monteiro, *A noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: uma revisão da matéria, em Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Editora Almedina, 16ª Edição, Coimbra, 2012.
  
- DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, Editora LTR, 15ª Edição, São Paulo, 2016.
  
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Algumas reflexões sobre o ónus da prova em matéria de paridade de tratamento retributivo (“A trabalho igual salário igual”)\*, em I Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, Coordenação António Moreira*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1998.
  
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho, Relações individuais de trabalho, volume I*, Editora Coimbra, Coimbra, 2007.
  
- HROMADKA, Wolfgang; MASCHMANN, Frank, *Arbeitsrecht Band 1*, Editora Springer, Berlin, 2012.
  
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Editora Almedina, 4ª Edição, Coimbra, 2014.
  
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 7ª Edição, Editora Almedina, 2015.
  
- MARTINS, Sergio Pinto, *Flexibilizações das Condições de Trabalho*, São Paulo, 5ª Edição, Editora Atlas, 2015.
  
- MARTINS, Sergio Pinto, *Comentários às Súmulas do TST*, São Paulo, 15ª Edição, Editora Atlas, 2015.
  
- MAZZOTA, Oronzo, *Diritto del lavoro, El rapporto di lavoro, em Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, 4ª Edição, Editora Giuffrè, Milão, 2011.
  
- MEIRELES, Edilton, *A constituição do Trabalho*, São Paulo, Editora LTR, 2012.

- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais, Tomo IV*, 5ª Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2014.
  
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
  
- NETO, Abílio, *Conteúdo e alcance do princípio constitucional “Para trabalho igual salário igual”*, em *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, Coordenação António Moreira*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1998.
  
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: A aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal*, iniciativa conjunta da Faculdade de Direito da universidade de Cádiz e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por ocasião das Jornadas Hispano-Portuguesas, sobre igualdade de tratamento em âmbito comunitário, Jerez de la Frontera, 1995.
  
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática Geral*. 3ª Ed., Editora Almedina, Coimbra, 2012.
  
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações laborais individuais*. 5ª Ed., Editora Almedina, Coimbra, 2014.
  
- ROMITA, Arion Sayão, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, Editora LTR, 5ª Edição, São Paulo, 2014.
  
- TURSI, Armando e VARESI, Pier Antonio, *Istituzioni di diritto del lavoro, Rapporti di lavoro e relazioni sindacali nel settore privato*, 6ª Edição, Editora CEDAM, Milão, 2013.
  
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, MARTINS, Pedro Furtado, CARVALHO, A. Nunes de, VASCONCELOS, Joana e ALMEIDA, Tatiana Guerra de, *Manual de Direito do Trabalho*, Editora Verbo, 2ª Edição, Lisboa, 2014.